

**TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
ERAÕIGUSE INSTITUUT**

Reeli Tambek

LAPSE PARIMATE HUVIDE KAITSE LAPSERÖÖVI MENETLUSES

Magistritöö

Juhendaja: Maarja Torga (LLM)

Tallinn 2012

Olen koostanud magistritöö iseseisvalt.

Kõik töö koostamisel kasutatud teiste autorite tööd, olulised seisukohad, kirjandusallikad ja mujalt pärinevad andmed on viidatud.

...../töö autori allkiri ja kuupäev/

SISUKORD

SISUKORD	2
SISSEJUHATUS	4
1. LAPSE PARIMAD HUVID	
1.1. Lapse parimate huvide tähendus ja kaitse lapse õiguste konventsiooni kohaselt	8
1.2. Lapse parimate huvide kaitse Haagi konventsiooni ja Brüssel II bis määruse kohaselt ...	11
1.2.1. Lapse parimate huvidega arvestamise piirid lapseröövi menetluses	11
1.2.2. Lapse parimate huvide ja üldise tagastamise kohustuse võimalik vastuolu	13
1.2.3. Lapse tagastamata jätmise kui erand	15
1.2.4. Lapse tagastamata jätmise erijuhud	16
1.3. Lapse parimate huvide kaitse Euroopa inimõiguste konventsiooni kohaselt.....	23
2. KAHE EUROOPA SUURIMA KOHTU ERINEV PRAKTIKA RAHVUSVAHELISTES LAPSERÖÖVI ASJADES JA SELLEST TINGITUD OHUD	
2.1 EIÕKohtu käsitus lapse parimatest huvidest rahvusvahelistes lapseröövi menetlustes ..	26
2.1.1 EIÕKohtu traditsiooniline käsitus Haagi konventsiooni kohaldamisest	26
2.1.2 Maumousseau ja Washington vs Prantsusmaa	27
2.1.3 Neulinger ja Shuruk vs Šveits.....	29
2.1.4 Raban vs Rumeenia.....	34
2.1.5 EIÕKohtu praktikast tulenevad ohud	36
2.2 Euroopa Kohtu käsitus lapse parimate huvide kaitsest rahvusvahelistes lapseröövi menetlustes	41
2.2.1 Doris Povse vs Mauro Alpago	41
2.2.2 Aguirre Zarraga vs Simone Pelz	42
2.2.3 Võimalikud Euroopa Kohtu praktikast tulenevad ohud	47
2.3 EIÕKohtu ja Euroopa Kohtu praktikate omavahelistest erinevustest tulenevad ohud	50
3. ÕIGE TASAKAALU SAAVUTAMISE VAJADUS NING VIISID LAPSE PARIMATE HUVIDE JA LAPSE TAGASTAMISE KOHUSTUSE VAHEL	

3.1 Lapse parimate huvide kaitse juhul, kui lapseröövijaks on lapse peamine hooldaja	52
3.1.1 Lapse tagastamine, kui lapseröövija on lapse peamine hooldaja.....	52
3.1.2 Täiendava võimaluse loomine lapse tagastamata jätmiseks, kui lapse peamine hooldaja keeldub tagasi pöördumast	54
3.2 Haagi konventsiooni kohaldamine koduvägivalla argumendi esitamisel	58
3.2.1 Tagastamist otsustava kohtu võimalused koduvägivalla süüdistuste väljaselgitamisel .	58
3.2.2 Kaitsemeetmete kohaldamine lapse ja ema turvalisuse tagamiseks nende tagasipöördumisel lapse harilikku viibimiskoha riiki	60
3.3 Lapse parimate huvide kaitse ja liikmesriikide vastastikkuse usalduse põhimõte.....	62
KOKKUVÕTE.....	65
SUMMARY	69
KASUTATUD MATERJALIDE LOETELU	71

SISSEJUHATUS

1980. a Lapseröövi suhtes tsiviilõiguse kohaldamise rahvusvaheline konventsiooni (edaspidi Haagi konventsioon)¹ eesmärgiks on ennetada lapseröövide toimepanemist ning ühtlasi tagada laste õigusvastase äraviimise või kinnihoidmise korral nende viivitamatu tagastamine.² Haagi konventsioonis lähtutakse eeldusest, et laste tagastamine on nende parimates huvides, välja arvatud teatud erandlikel juhtudel.³ Ka Euroopa Liidus on lasteröövide vastu võitlemiseks vastu võetud nn Brüssel II *bis* määrus⁴, mis kinnitab Haagi konventsioonis sätestatud ning millega kindlustatakse veelgi enam, et lapsed tagastatakse reeglina nende päritoluriiki ning kohtualluvus hooldusõiguse küsimuse lahendamiseks jääks päritoluriiki. Käesolev magistritöö on autori hinnangul aktuaalne, eelkõige selletõttu, et igal aastal tabavad vanemate sooritatud rahvusvahelised lapseröövid mitutsadat tuhandet last ning tegu on üleilmse probleemiga.⁵

Haagi konventsiooni tugevuseks on ühtne tõlgendamine, kuivõrd sellest sõltub konventsiooni eesmärkide täitmine, tõhusus ja toime. Pika aja jooksul on osalisriigid loonud ühtse kohtupraktika lapseröövi asjadega tegelemisel ning enamus osalisriigid on lapse tagastamise otsustamisel saavutanud õige tasakaalu.⁶ Viimase aja Euroopa Inimõiguste Kohtu (EIÕKohus) ja Euroopa Liidu Kohtu (edaspidi Euroopa Kohus) praktika on aga seda tasakaalu paigast nihutanud.

EIÕKohus asetab väga palju rõhku lapse parimatele huvidele, suunates riike viima lapse tagastamise küsimuse lahendamisel läbi süvaanalüüsi lapse parimate huvide osas.⁷ Eeltoodu on tähelepanuväärne muutus, kuivõrd traditsiooniliselt ei ole lapse parimate huvide väljaselgitamine olnud Haagi konventsiooni alusel toimuva menetluse südameks. Kuigi ka

¹ The Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Arvutivõrgus: <http://www.hcch.net>. Eesti keelde on konventsioon mitteametlikult tõlgitud kui lapseröövi suhtes tsiviilõiguse kohaldamise rahvusvaheline konventsioon (vt: RT II 2001, 6, 33). Mitteametlik tõlge ei ole päris korrektne ja võib seetõttu olla eksitav, seega tuleks lapse tagastamist otsustades lähtuda konventsiooni originaalkeelsest tekstist; Konventsiooni nime tõlkimise kohta vt: A. Valgma. Laste hooldusõiguse kaitse Haagi lapseröövi konventsiooni järgi. Juridica nr 1, 2004, lk 41–52.

² E. Perez-Vera. The Explanatory Report on the Hague Convention of October 25, 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. 1981, p 442. Arvutivõrgus: <http://www.hcch.net>.

³ L. Walker, P. R. Beaumont. Shifting the Balance Achieved by the Abduction Convention. - Journal of Private International Law, 2010, Vol. 7, No 2, p 231.

⁴ Euroopa Nõukogu Määrus (EÜ) nr 2201/2003.

⁵ Euroopa Komisjoni 21.12.2011 pressiteade arvutivõrgus: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/1582&format=HTML&aged=0&language=ET&guiLanguage=en> (05.05.2012);

⁶ P. R. Beaumont, P. E. McEleavy. The Hague Convention on International Child Abduction. Oxford University Press 1999, p 3. Ülevaade Haagi konventsiooni osalisriikide kohtupraktikast vt: www.incadat.com.

⁷ Vt nt: EIKo 6.07.2010, 41516/07, *Neulinger ja Shuruk v Šveits*, par 139.

Haagi konventsioon on ellu kutsutud lapse huvide kaitseks, nähakse sellega laste huvide kaitse ette teiste vahendite kohaldamisega.

Kuivõrd lapserööve panevad valdavalt toime lapse peamised hooldajad, kelleks üldjuhul on emad, siis ei vasta tänapäeva tegelikkus Haagi konventsiooni koostamise ajal olnud ettekujutusele. Nimelt peeti toona tüüpiliseks lapseröövjaks lapsest lahus elavat ja võõrdunud vanemat, mis tõttu peeti lapseröövi lapse huve eriti kahjustavaks.⁸ Ollakse seisukohal, et Haagi konventsioon, olles küll ellu kutsutud eesmärgiga kaitsta lapsi, ei arvesta tegelikult piisavalt lapse parimate huvidega.⁹ Kahtlemata on lapse tagastamise üle otsustamine olukorras, kus lapse peamine hooldaja keeldub lapsega tagasi minemast, tundlik ja keeruline teema. Olukorra teeb raskemaks tõdemus, et aina enam tuuakse tagasipöördumisest keeldumise põhjusena välja koduvägivald.¹⁰ Kohtutel on üldisest tagastamise kohustusest tulenevalt võimalus jätta laps tagastamata vaid erandlikel juhtudel, kuigi lapse tagastamisega ei tohi ka last täiendavalt kahjustada.¹¹ Kohustus tagastada laps viivitamatult tema harilikku viibimiskoha riiki, on aga tihedalt seotud eesmärgiga ennetada lapserööve ja takistada ühel vanemal omavoliliselt perekonnasuhteid muuta selliselt, mis võiks lapsi kahjustada.

Teisalt asetab Euroopa Kohus liiga palju rõhku vastastikkuse usalduse printsiibile, jättes tagamata selle, et lapse parimad huvid oleksid tagastamise menetluses kaitstud.¹² Nimelt on Euroopa Kohus leidnud, et kui päritoluliikmesriigi otsus ja täitmistõend sisaldavad endas fundamentaalsete inimõiguste rikkumisi, on piisav, kui seda otsust on võimalik vaidlustada päritoluliikmesriigi kohtus, kuivõrd otsuste vastastikkuse tunnustamise ja täitmise süsteem põhineb vastastikkuse usalduse põhimõttel. Olukorras, kus isikul tuleb õiguseid asuda kaitsma riigis, kes on juba kord lapse õiguseid rängalt rikkunud, seab kahtluse alla, kas vastastikkuse usalduse printsiip on piisav, et lapse parimaid huve kaitsta. Teiseks, kui liikmesriigid hakkavad Brüssel II *bis* määruse artiklit 42 kohaldama kergekäeliselt, on oht, et Haagi konventsiooni artikkel 13, mis näeb ette erandid lapse tagastamata jätmiseks, muutub kasutuks sätteks, mis võib lapse parimaid huve kahjustada. On seisukohti, et Haagi

⁸ 1970 ja 1980ndatel olid 71-75% lapseröövijatest meessoost. Vt: P. R. Beaumont & P. E. Mceleavy (viide 6), pp 8-9;

⁹ Vt nt: C. S. Bruch. The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Convention Cases. - Family Law Quarterly, 2004, 38:3, p 529, pp 532-35;

¹⁰ Permanent Bureau, Preliminary Document No 9 of May 2011 for the attention of the Special Commission of June 2011 on the practical operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention. Domestic and Family Violence and The Article 13 „Grave Risk“ Exception in The operation of the Hague Convention of 25 october 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Arvutivõrgus: <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd09e.pdf>;

¹¹ A. Valgma (viide 1), lk 41;

¹² L. Walker, P.R. Beaumont (viide 3), p 231.

konventsiooni kohaldamisel oldi saavutatud enamjaolt hästi toimiv süsteem ning Brüssel II *bis* määruse artikli 42 lisamine ei olnud vajalik, kuivõrd see on loonud uue dimensiooni, mis võimaldab täiendavate kaebuste esitamist.¹³

Sellise trendi jätkumisel, on oht, et lapse ja ka teiste perekonnaliikmete huvid võivad lapseröövi asjade menetlemisel saada oluliselt kahjustada. Kaks Euroopa suurimat kohut ei peaks tegutsema teineteisest isoleerituna, vaid peaksid teadvustama üksteise otsuseid ning püüdma taastada kaotatud tasakaal lapseröövidel õiguse kohaldamisel. Eriti aktuaalne on see olukorras, kus Euroopa Liit on liitumas Euroopa inimõiguste konventsiooniga,¹⁴ mis tähendab, et Euroopa Kohtu otsused kuuluvad tulevikus EIÕKohtu järelevalve alla. Kui Euroopa Kohtu ja EIÕKohtu otsused kõnesolevates asjades on märkimisväärselt erinevad, on ülimalt tõenäoline, et EIÕKohus hakkab Euroopa Kohtu otsuseid tulevikus ümber vaatama. Täiendavate kaebuste esitamine ja menetluste läbiviimine olukorras, kus kiirus on üheks olulisemaks faktoriks, ei ole soovitatav. Pikale venivad menetlused ei ole lapse ega kummagi vanema huvides, rääkimata võimalikest rahalistest kulutustest, mida kohtumenetlused endaga kaasa toovad. Oluline on leida õige tasakaal, kuidas Haagi konventsiooni tänapäeva olukorda arvestades kohaldada selliselt, et lapse parimad huvid ning vanemate õigused oleksid parimal viisil kaitstud.

Magistritöös analüüsitakse, kuidas kohaldada Haagi konventsiooni ja Brüssel II *bis* määrust selliselt, et lapse parimaid huvid oleksid kaitstud seejuures kaotamata oma mõju lapseröövide vastu võitlemisel neid ennetades. Töös püstitatakse hüpotees, et EIÕKohtu praktika ja Euroopa Kohtu praktika erinevad lähenemised lapseröövi asjades võivad omada nii eraldi võetuna kui koos negatiivset mõju lapse parimate huvide kaitsmisele, kahjustades samaaegselt ka Haagi konventsiooni eesmärkide saavutamist. Kui vastused eelnevate väidete osas on jaatavad, siis käsitletakse võimalikke vahendeid ja viise, kuidas oleks võimalik saavutada õige tasakaal selleks, et lapse parimaid huvid oleksid kaitstud ja samal ajal ei saaks kannatada Haagi konventsiooni eesmärkide täitmine.

Töö on jaotatud kolme peatükki, millest esimene käsitleb lapse parimaid huve. Vaatluse alla võetakse lapse parimate huvide mõiste ning selle printsiibi tähendus lapseröövi kontekstis. Selleks on kasutatud erinevaid lapse õiguseid puudutavaid rahvusvahelisi konventsioone,

¹³ L. Walker, P.R. Beaumont (viide 3), p 249;

¹⁴ Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon. 16.04.1996. RT II 1996, 11/12,34. Elektrooniliselt kättesaadav: <https://www.riigiteataja.ee/akt/78154>; Liitumise kohta vt: Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versiooni art 6 (2);

õigusteoreetilist kirjandust ning rahvusvahelist kohtupraktikat. Kuivõrd lapse parimaid huvid on käesolevas töös läbiv teema, siis on töö paremaks jälgitavuseks vajalik selle mõiste põhjalikum käsitus. Arvestades, et tegemist on väga mahuka teemaga, käsitletakse lapse parimaid huve eelkõige lapseröövi kontekstis.

Töö teine peatükk keskendub kahe Euroopa suurima kohtu, EIÕKohtu ja Euroopa Kohtu, erinevale käsitusle lapseröövi asjades. Esmalt vaadeldakse EIÕKohtu viimase aja lahendeid, milles EIÕKohus on asunud rõhutama lapse parimate huvidega arvestamise vajalikkust, kuigi lapse heaolu oli ei ole olnud see, millega riigid peavad Haagi konventsiooni kohaldamisel arvestama.¹⁵ Analüüsitakse, kas EIÕKohus on lapseröövi asjade menetlemisel võtnud uue lapse huvide keskse lähenemise. Selle eesmärgi saavutamiseks käsitletakse lahendeid eraldi ja koostoimes teiste EIÕKohtu lahenditega. Tuuakse välja muutunud praktika võimalikud ohud ja negatiivsed aspektid seoses vajadusega lapserööve ennetada. Eraldi võetakse vaatluse alla Euroopa Kohtu viimase aja lahendid, kuid peamiselt keskendutakse ühele lahendile, kuivõrd lahendeid, mis antud teemat käsitlevad, on üksikuid. Analüüsitakse, kuidas võivad Euroopa Kohtu seisukohad mõjutada lapse parimate huvidega arvestamise põhimõtet ja õiguste kaitset. Kahe Euroopa suurima kohtu praktika erinevuste väljatoomiseks vastandatakse ja võrreldakse lahendeid ka omavahel. Seeläbi tuuakse eraldi välja kohtupraktikate omavahelistest erinevustest tingitud võimalikud ohud lapseröövide menetlemisel.

Magistritöö viimases peatükis käsitletakse võimalikke vahendeid ja viise, kuidas oleks võimalik saavutada tasakaal lapse parimate huvide kaitsmise ja Haagi konventsiooni kohaldamise vahel selliselt, et perekonnaõigused oleksid kõige paremini kaitstud. Vaatluse alla tulevad võimalike tasakaalustamise viiside eelised ja puudused lähtudes sellest, et lapse parimaid huvid oleksid kaitstud ning samal ajal säiliks Haagi konventsiooni lapserööve ennetav funktsioon.

Lähtuvalt töö eesmärgist on selle kirjutamisel kasutatud kvalitatiivseid meetodeid, täpsemalt analüütilist ja võrdlevat meetodit. Analüütiline meetod väljendub antud töös seadusandluse, kohtupraktika ja kirjanduse analüüsimisel ja nende pinnalt tehtud järeldustel. Omavahel võrreldakse EIÕKohtu ja Euroopa Kohtu praktikat. Õiguse allikatena on vaadeldud nii siseriiklikku ja rahvusvahelist kohtupraktikat (Haagi konventsiooni osalisriigid, Euroopa Liidu liikmesriigid, Euroopa Inimõiguste Kohus ja Euroopa Kohus), rahvusvahelisi normatiivakte ning õiguse printsiipe ja väärtusi. Käsitletud on ka õigusteoreetilist kirjandust.

¹⁵ P.R. Beaumont & P.E. McEleavy (viide 6) p 140;

1. LAPSE PARIMAD HUVID

1.1. Lapse parimate huvide tähendus ja kaitse lapse õiguste konventsiooni¹⁶ kohaselt

Kõige olulisem õiguslik printsiip lapsi puudutavates asjades on lapse parimad huvid ning ühiskond liigub üha enam selles suunas, et lapse huve ja õiguseid tuleb neid puudutavates asjades arvestada ja kaitsta. Ilmsel kõige tähtsam lapse huve kaitsev instrument on lapse õiguste konventsioon. Lapse õiguste konventsioon on erinev selle poolest, et kuigi ta peamiselt reguleerib alaealiste olukorda riigis, näeb see ette ka õigused, kohustused ja vanemate vastutuse.¹⁷ Lapse õiguste konventsioon üritab tasakaalustada lapse huve nende suhetes riigi ja vanematega.¹⁸ Lapse õiguste nagu ka teiste inimõiguste tagamise eest vastutab riik.

Lapse õiguste konventsiooniga ühinenud riigid on kohustatud oma jurisdiktsioonis tagama lastele:

- 1) põhilised tsiviilõigused ja vabadused nagu näiteks õigus nimele, kodakondsusele, identiteedile; õigus sõna-, mõtte-, usu-, ühinemise- ja väljendusvabadusele; samuti õigus informatsioonile, privaatsusele; õigus mitte olla piinamise ja/või ebainimliku ja/või julma kohtlemise ohver;
- 2) samuti tagama õiguse turvalisele perekonna või hoolduse keskkonnale, mille all võib mõista õigust mitte olla põhjendamatult vanematest lahutatud, õigust ühineda oma perekonnaga, õigus olla kaitstud ebaseadusliku äraviimise eest, õigus olla ülalpeetud vanemate, selle võimatuse korral asendusvanemate või riigi poolt, õigus erilisele kohtlemisele ja abile perekeskkonna puudumise korral, õigus olla kaitstud peresisese vägivalla eest ning õigus saada nõustamisteenuseid ja muud abi sellise vägivalla esinemise korral; õiguse tervisele ja heaolule puudega lapse õigus olla integreeritud ühiskonda ja saada erilist toetust;
- 3) õigus heale tervisele ning tervishoiuteenuste kättesaadavusele, mille all peetakse silmas õigust sotsiaalkindlustusele ning sotsiaalteenuste kättesaadavusele, õigust lapse igakülgse arengu ja heaolu kindlustamiseks vajalikule elatustasemele;

¹⁶ Lapse õiguste konventsioon. Vastu võetud ÜRO Peaassamblee poolt 20. novembril 1989. a, RT II 1996, 16, 56;

¹⁷ L. C. Reif. The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System. Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p 292;

¹⁸ Ibid;

4) õiguse haridusele, seal hulgas õiguse sellele, et haridus annab aluse lapse edasisele täisväärtuslikule elule, õigus jõudeajale ning erinevatele kultuurilistele ja sportlikele tegevustele;

5) vabale ajale ning kultuurilisele tegevusele; õiguse erilisele kaitsele ja kohtlemisele ning viimast eriti lapse viibimisel ohusituatsioonides, mille all peetakse silmas pagulase ning sõjategevusse kaasatud või selle all kannatava lapse õigus erilisele kaitsele, sealhulgas sotsiaalsele ja psühholoogilisele abile ning reintegratsioonile; süüdistatava lapse õigus erilisele kohtlemisele kriminaal- või väärteoprotsessi raames ning kinnipidamisasutuses, sealhulgas õigus ausale, kiirele ning lapse huve arvestavale menetlusele; õigus kaitsele igasuguse väärkohtlemise eest; eelkirjeldatud situatsioonides oleva või olnud lapse õigus nõustamis- ja rehabiliteerimisteenustele; vähemusgruppi (keeleline, rassiline vm vähemus) kuuluva lapse õigus samadele õigustele, mis on teistel lastel, samuti õigus oma keele, kultuuri ja päritolu tundmisele¹⁹

Lapse õiguste konventsiooni preambula kohaselt on lastel tulenevalt oma vaimse ja füüsilise ebaküpsuse tõttu õigus erilisele kaitsele ja hooletule ning samuti on neil õigus ka kõikidele teistele inimõigustele. Üheks olulisemaks konventsiooni artiklik on 3, mille kohaselt tuleb igasugustes lapsi puudutavates ettevõtmistes riiklike või erasotsiaalhoolekandetasutuste, kohtute, täidesaatvate või seadusandlike organite poolt esikohale seada lapse huvid ning osalisriigid seavad eesmärgiks tagada lapsele tema heaoluks vajalik kaitse ja hooldus, arvestades tema vanemate, seaduslike hooldajate või teiste tema eest seaduslikult vastutavate isikute õigusi ja kohustusi ning võtavad selleks kõiki vastavaid seadusandlikke ja administratiivmeetmeid.²⁰

Lapse õiguste konventsioon ei paku ühtegi lõplikku seisukohta, mis võiks ühe või teise lapse „parimates huvides“ konkreetses situatsioonis olla, kuid siiski loob konventsioon normatiivse raamistiku, esindades rahvusvahelist väärtuste ja printsiipide konsensust.²¹ Riigi tegevus peab keskenduma mitte niivõrd LÕKis toodud õiguste ümberloetlemisele, kuivõrd just nende õiguste rakendusliku poole väljatöötamisele.²² Paljuski oleneb käitumine riigi kultuurist ja väärtushinnangutest. Kahtlemata on erinevate huvide või seisukohtade lahendamine

¹⁹ A. Henberg. Eesti lastekaitse regulatsiooni analüüs. Tallinn: Lastekaitse Liit, 2004, lk 10-11. Elektrooniliselt kättesaadav: <http://www.childcentre.info/13026/> (07.05.2012);

²⁰ Ibid. art 3;

²¹ U. Kilkelly. The Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence. Child Law and the ECHR: issues of Family Life, Adoption and Contact. ECHR and Irish Law, 2nd Ed. Bristol: Jordans, 2009, p 243;

²² A. Henberg (viide 19), lk 14;

delikaatne ja keeruline ülesanne. Suurt rolli mängivad siin riik, lastega töötavad spetsialistid ning erinevate sektorite omavaheline koostöö.

Lapse parimad huvid võivad sisaldada endas üldiselt lapse heaolu, mille kindlaks määramisel tuleb igal konkreetsel juhul arvesse võtta mitmeid asjaolusid nagu näiteks lapse vanus, küpsus, tema vanemate kohalolek või puudumine, lapse elu-ja kasvukeskkond ning elukogemus.²³ Seega ei paku lapse õiguste konventsioon välja konkreetset definitsiooni, kuid selgelt on väljendatud asjaolu, et mis tahes lapsi puudutavas menetluses on lapse parimad huvid peamise tähtsusega. See ei tähenda, et lapse parimad huvid on ainukene asjaolu, mida tuleks arvestada, pigem tähendab see seda, et lapsi puudutavates asjades tuleb alati lapse parimate huvidega arvestada.

Lapse õiguste konventsiooni artikli 9 järgi tagavad osalisriigid selle, et last ei eraldata vanematest vastu tema tahtmist välja arvatud eriolukorras. Niisugune otsus on vajalik erijuhtudel, nagu siis, kui vanemad kohtlevad last julmalt või jätavad ta hooletusse või kui vanemad elavad lahus ja tuleb langetada otsus lapse elukoha suhtes.²⁴ Osalisriigid austavad ühest või mõlemast vanemast lahutatud lapse õigust säilitada regulaarsed isiklikud suhted ja otsene kontakt mõlema vanemaga, kui see ei ole lapse huvidega vastuolus. Sellega seonduvalt sätestab lapse õiguste konventsiooni artikkel 7, et osalisriigid peavad tagama, et lapsel oleks võimaluse piires õigus tunda oma vanemaid ja olla nende poolt hooldatud. Kokkuvõttes on lapsel õigus olla hooldatud oma vanemate poolt ning vanematel on õigus ja ka kohustus oma last kasvatada ja tema eest hoolitseda.²⁵

Lapse õiguste kaitse konventsioonis sätestatakse kohustus tagada lapsele, kes on võimeline iseseisvaks seisukohavõtuks, õigus väljendada oma vaateid vabalt kõikides teda puudutavates küsimustes.²⁶ Artikliga 12 (2) antakse lapsele õigus olla ära kuulatud teda puudutavas kohtu- ja ka haldusmenetluses. „Iga juriidiline last puudutav menetlus“ katab selle konventsiooni mõttes suurt hulka menetlusi nii kriminaal-kui ka tsiviilasju arutavates kohtutes. Üheks lapse ärakuulamise motiiviks on näidata lapsele, et tema arvamusega arvestatakse lisaks kodule ka ühiskonnas.²⁷ Peale selle annab lapse ärakuulamine võimaluse tegutseda lapse huvides. Lapse arvamuse ärakuulamise kohustus on seotud sama konventsiooni artikli 3 (2) sätestatuga, mis

²³ *Neulinger ja Shuruk vs Šveits* (viide 7);

²⁴ R. Maruste. Konstitutsionalism ning põhiõiguste ja –vabaduse kaitse. Kirjastus Juura. 2004, lk 426;

²⁵ Ibid;

²⁶ Lapse õiguste konventsioon (viide 16), art 12;

²⁷ E. Liiv. Lapse ärakuulamine tsiviilkohtumenetluses. – *Juridica* nr 4, 2006, lk 258;

sätestab tegutsemise lapse „parimates huvides“. Asjaolu, kas laps tuleks ära kuulata otse või vahendatult, on jäetud riikide otsustada.²⁸

1.2. Lapse parimate huvide kaitse Haagi konventsiooni ja Brüssel II bis määruse kohaselt

1.2.1. Lapse parimate huvidega arvestamise piirid lapseröövi menetluses

Haagi konventsiooni ja Brüssel II *bis* määruses ettenähtud viivitamatu tagastamise kohustus seab lapse parimate huvidega arvestamisele teatud piirid. See asjaolu ei tähenda, et lapse parimad huvid ei oleks Haagi konventsiooni peamiseks eesmärgiks. Vastupidi, Haagi konventsiooni eesmärgiks on samuti lapse parimate huvide kaitsmine, kuid seda põhimõtet tuleb vaadelda lapseröövi kontekstis, mis väljendub ilmekalt Haagi konventsiooni artiklis 1, mille kohaselt on konventsioon ellu kutsutud selleks, et tagada laste õigus stabiilsusele ja *status quo* taastamise läbi lapse tagastamise tema harilikku viibimiskoha riiki, samuti tagada lapse õigus säilitada kontakt mõlema vanemaga läbi hooldusõiguse ja külastusõiguse kaitse.²⁹

Kuigi Haagi konventsioon peab lapse parimaid huve oluliseks, ollakse seisukohal, et neid tuleb põhjalikult kaaluda ja hinnata lapse hooldusõiguse menetluse käigus lapse hariliku viibimiskoha riigis.³⁰ Selles etapis, kus küsimuse all on veel ainult lapse tagastamine, ei ole vajalik lapse parimate huvide hindamine sellises ulatuses nagu see hooldusõiguse menetluses on. Lapse hariliku viibimiskoha riik on kõige pädevam hindamaks asjaolusid, mis võiksid olla konkreetse lapse parimates huvides. Seda põhjusel, et lapse hariliku viibimiskoha riik omab kõige vahetumat ja paremat juurdepääsu vajalikule informatsioonile, mis selle väljaselgitamiseks oluline on. Samuti on lapse hariliku viibimiskoha riik lapsele kultuurilises ja sotsiaalses mõttes kõige lähemal ning oskab eelduslikult seetõttu langetada ka kõige adekvaatsema otsuse.

Haagi konventsiooni näol on tegemist kõigest menetlusliku instrumendiga, mille ainukeseks eesmärgiks on taastada *status quo*, kui laps on viidud teise riiki või kui teda hoitakse seal kinni ilma, et selleks oleks nõusoleku andnud kõik lapse suhtes hooldusõigust omavad

²⁸ Lapse õiguste konventsiooni art 12 tõlgendamise kohta lähemalt vaata nt: M.-F. Lücker-Babel. The Right of the Child to Express Views and be Heard: An Attempt to Interpret Article 12 of the U.N. Convention on the Rights of the Child. - International Journal of Children's Rights, 1995, 3, pp 391-404;

²⁹ Haagi konventsioon (viide 1) art 1;

³⁰ P. R. Beaumont, P.E. McEleavy (viide 6), p 16;

isikud.³¹ Sellega püütakse takistada ühe vanema omavolilist tegevust perekonnasuhete muutmisel selliselt, mis võiks last kahjustada.³² Lisaks lapse kaitsmisele tema õigusvastasest äraviimisest või kinnihoidmisest tulenevate kahjulike mõjude eest, on Haagi konventsioonil ka üldpreventiivne toime lapseröövide toimepanemiste suhtes, kuivõrd lapse õigusvastase äraviimisega ei ole vanemal võimalik omavoliliselt kohtualluvust muuta, mida peetakse üheks lapseröövi toimepanemise ajendiks.³³ Haagi konventsioonile seletuskirja koostanud E. Perez-Vera selgitab, et Haagi konventsiooni kaks peamist eesmärki – lapserööve ennetada ning tagada laste viivitamatu tagastamine nende hariliku viibimiskoha riiki, on kantud soovist kaitsta lapse huve.³⁴

Ka Euroopa Liidus on lapseröövi vastu võitlemiseks võetud tarvitusele meetmed, mis väljendub Haagi konventsiooni täiendamises Brüssel II *bis* määrusega. Võiks öelda, et tegemist on Euroopa Liidu versiooniga Haagi konventsioonist, mis sisuliselt kordab Haagi konventsioonis sätestatud, kuid näeb siiski ette teatud iseärasused, mis peaksid lapse tagastamise muutma Euroopa Liidu piires (välja arvatud Taani) veelgi efektiivsemaks. Määrusega reguleeritud küsimuste puhul on selles esitatud eeskirjad liikmesriikide vahelistes suhetes Haagi konventsiooni eeskirjade suhtes ülimuslikud.³⁵ Kui röövitud laps viiakse ühest liikmesriigist teise, tagab määrus, et päritoluliikmesriigi kohtutele jääb röövist hoolimata pädevus eestkosteküsimuste üle otsustamisel.³⁶ Kohtualluvust võib uue liikmesriigi kohtutele üle anda üksnes väga rangetel tingimustel, sest isegi, kui taotluse saanud kohus otsustab, et last ei tooda tagasi, jääb päritoluliikmesriigile lõplik sõna otsustamiseks, kas laps tuleb tagasi tuua või mitte.³⁷ Kui päritoluliikmesriik näeb ette lapse tagastamise, siis ei ole selle otsuse kui välisriigi kohtuotsuse tunnustamise menetlus vajalik ja otsus pööratakse taotluse saanud liikmesriigis vahetult täitmisele.³⁸ Brüssel II *bis* määrusega kehtestatud kohtualluvuse alused vanemliku vastutuse küsimustes kujundatud lapse huve silmas pidades, eeskätt läheduskriteeriumi põhjal. See tähendab, et jurisdiktsioon peaks esimeses järjekorras olema lapse alalise elukoha liikmesriigil, välja arvatud teatavatel lapse elukoha vahetamise juhtudel

³¹ A. Shulz. The state of development of uniform law in the field of European and international family and child law. The European Legal Forum. 2007,6, p I-281. Elektrooniliselt kättesaadav: <http://www.simons-law.com/library/pdf/e/699.pdf>;

³² L. Hallik. Kohtute aastaraamat 2009. Riigikohus, 2009, lk 150;

³³ E. Perez-Vera (viide 2), p 442;

³⁴ Ibid.

³⁵ Euroopa Nõukogu Määrus (EÜ) nr 2201/2003 (edaspidi Brüssel II *bis* määrus), art 60(e);

³⁶ Ibid. art 11(8);

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid. art 42;

või vastavalt kokkuleppele vanemliku vastutuse kandjate vahel.³⁹ Sellega soovitakse viia miinimumini võimalus lapse tagastamata jätmiseks.

1.2.2. Lapse parimate huvide ja üldise tagastamise kohustuse võimalik vastuolu

On seisukohti, et ulatuses, mille raames on Haagi konventsiooni alusel toimuva tagastamise menetluses võimalik lapse parimate huvidega arvestada, ei ole kooskõlas lapse parimate huvide arvestamise nõudega selliselt, nagu seda näeb ette lapse õiguste konventsioon. Näiteks on toodud välja, et kohtud on Haagi konventsiooni kohaldades korduvalt keeldunud arvestamast lapse parimate huvide põhimõttega ja mõnikord tagastanud ka lapsi teadmises, et see ei ole lapse parimates huvides.⁴⁰ Kohtud on põhjendanud seda sellega, et lapse õiguste konventsioon tunnistas Haagi konventsiooni läbi oma artiklite 11 ja 35⁴¹, mis kohustavad osalisriike võtma vastu meetmeid võitlemaks lapse ebaseadusliku välismaale äraviimise ja tema sinnajätmise vastu ning rakendama kõiki riiklikke, kahe- ja mitmepoolseid abinõusid, et vältida lapseröövi, laste müümist või nendega kaubitsemist mis tahes eesmärgil või vormis. Autor mõonab, et sellest järeldub, et ka lapse õiguste konventsioon on tunnustanud lapseröövide kahjulikku mõju lapse õigustele. Teisalt nõustub autor ka R. Schulz'iga, kelle hinnangul üksnes tõdemus, et lapseröövide vastu tuleb võidelda, et tähenda tingimata seda, et Haagi konventsioon on lapse parimate huvidega kooskõlas või et Haagi konventsiooni eesmärkide saavutamine peaks olema olulisem lapse parimate huvidega arvestamisest.⁴²

Asjaolu, et Haagi konventsioon näeb ette viivitamatu tagastamise, seab paratamatult ette piirid lapse parimate huvidega arvestamisel. Samal ajal näeb lapse õiguste konventsiooni artikkel 3 ette, et lapse parimate huvidega tuleb arvestada kõikides lapsi puudutavates menetlustes ja mitte miski ei viita sellele, et Haagi konventsiooni või Brüssel II *bis* määruse alusel algatatud menetlused oleksid selles osas erandlikud. Seetõttu esineb vähemalt näiliselt lapse parimate huvide igakülgse arvestamise ja Haagi konventsiooni range kohaldamise vahel vastuolu. Iseküsimus, kas lapse huvide arvestamine piiratud kujul läheb otseselt vastuollu lapse õiguste

³⁹ Brüssel II *bis* määrus (viide 35), art. 12;

⁴⁰ Hague Conference on Private International Law, 30.Oct – 9. Nov, 2006, Report of the Fifth Meeting of the Special Commission to Review the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and the Practical Implementation of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (March 2007), p 45. Arvutivõrgus: http://www.hcch.net/upload/wop/abd_2006_rpt-e.pdf; R. Schulz. The Hague Child Abduction Convention and Children's Rights. – Transnational Law and Contemporary Problems, 12, 2002, p 435;

⁴¹ Ibid;

⁴² R. Schulz (viide) 40, p 437;

konventsiooniga, arvestades seda, et Haagi konventsioonil on eesmärgid, mille efektiivse täitmise tagamiseks ei ole võimalik lapse parimate huvide igakülgse analüüsi läbiviimine, on samuti lapse parimate huvide kaitsmiseks ellu kutsutud.

Eelnevalt sai välja toodud, miks peetakse lapse harilikku viibimiskoha riiki kõige õigemaks lapse hooldusõiguse küsimuse lahendamiseks. Õigusteoreetikud R. Schulz ja M. Weiner on aga seisukohal, et selline eeldus ei pruugi õige olla. R. Schuzi hinnangul on see nii vaid juhul, kui vastav kohus hindab lapse parimaid huve adekvaatselt ning kui lapse hariliku viibimiskoht on *forum conveniens* lapse hooldusõiguse küsimuse lahendamiseks.⁴³ Lisaks, isegi, kui see eeldus on õige, ei tulene sellest, et laps peaks tingimata harilikus viibimiskoha riigis olema seni, kuni tema suhtes hooldusõiguse menetlus pooleli on.⁴⁴ Lisaks toob ta välja, et kuigi Haagi konventsiooni alusel toimuva tagastamise menetluses ei määrata kindlaks lapse hooldusõiguse küsimust,⁴⁵ võib hiljem lapse hariliku viibimiskoha kohus otsustada, et lapse vajab oma ellu stabiilsust ning otsustada sellel põhjusel määrata lapse elukohaks hariliku viibimiskoha riik. Seeläbi võib tagastamise otsus lõplikku hooldusõiguse tulemit mõjutada, olgugi, et Haagi konventsiooni menetluse alusel otsustatakse vaid lapse tagastamise või mittetagastamise küsimus.⁴⁶

Käesoleva töö autor leiab, et lapse hariliku viibimiskoha kohus peaks on eelduslikult siiski lapse parimate huvide väljaselgitamiseks kõige õigem koht. Autor ei leia, et lapse parimaid huve peaks hakkama välja selgitama riik, kellel puuduvad lapsega mistahes muud seoses, kui see on riik, kuhu ta on õigusvastaselt viidud või kus teda õigusvastaselt kinni hoitakse. Ka Eesti Vabariigi Riigikohus on leidnud, et: „Konventsiooni mõtte kohaselt on eelduslikult lapse huvides tema tagastamine harjumuspärasesse elukeskkonda. Ühtlasi tagab lapse tagastamine ka vanemate huvide kaitse, sest säilib vanemate õigus pöörduda lapse hooldusõiguse küsimuse lahendamiseks lapse esialgse elukoha järgsesse kohtusse ning takistab ühel vanemal saada lapse õigusvastase äraviimisega teises riigis eeliseid lapse hooldusõiguse määramisel. Samuti on lapse tagastamise otsustusel üldpreventiivne toime, mis peab tagama selle, et vanemad ei vii last õigusvastaselt ühest riigist teise. Sellest tulenevalt saab jätta lapse tagasi toomata vaid erandlikel asjaoludel.“⁴⁷

⁴³ R. Schuz (viide 40), p 438;

⁴⁴ Ibid;

⁴⁵ Haagi konventsioon (viide 1), art. 19;

⁴⁶ R. Schuz (viide 40), p 439;

⁴⁷ RK otsus 6.12.2006, 3-2-1-123-06;

1.2.3. Lapse tagastamata jätmine kui erand

Mõnikord ei pruugi lapse tagastamine lapse parimates huvides olla ja selleks nähakse konventsioonis ette erandid. Need on juhud, kus lapse tagastamine võiks last täiendavalt kahjustada ning nendes olukordades peaks lapse tagastamata jätma. Siinkohal on oluline silmas pidada, et erandid on kitsalt konstrueeritud selleks, et Haagi konventsioon ei muutuks „surnud paberiks“.⁴⁸ Kui erandeid liiga laialt tõlgendada, võib see omakorda kahjustada konventsiooni poolt seatud eesmärkide täitmist. See tähendab, et erandeid tuleb kohaldada rangelt ettenähtud piirides. Haagi konventsiooni traditsioonilise kohaldamise vastased leiavad, et Haagi konventsiooni erandid on niivõrd kitsalt koostatud ja kohtud kohaldavad neid väga äärmistel juhtudel.⁴⁹ Seetõttu ei taga need lapse parimate huvide kaitset kõikidel juhtudel, kuigi Haagi konventsiooni eesmärkide täitmist ei tohi pidada olulisemaks, kui individuaalse lapse huve konkreetses asjas.⁵⁰ Autor konstateerib, et kuigi ideaaliks on ühtne Haagi konventsiooni kohaldamise praktika kõikide osalisriikide seas, siis on riikide praktika erandite kohaldamise osas erinev.⁵¹

Mõistmaks lapse viivitamatu tagasitoomise kohustuse ulatust, on vajalik analüüsida põhjalikumalt sellest põhimõttest tehtavaid erandeid. Kusjuures oluline on rõhutada, et erandid ei ole absoluutsed ja kohtunikud peavad hindama, kas laps teatud asjaoludel tagastada või jätta tagastamata. Haagi konventsiooni artikli 13 kohaselt ei pea riik last tagastama, kui sellele vastu olev isik tõendab, et (1) hooldusõigust tegelikult ei teostatud; (2) lapse äraviimiseks või kinnihoidmiseks oli olemas nõusolek; (3) tagastamine põhjustataks lapsele olulisi füüsilise või psühholoogilisi kannatusi või asetaks ta muul viisil väljakannatamatusse olukorda või (4) vaidleb laps tagastamisele vastu. Esimene põhimõte ei võimalda maha jäänud vanemal tugineda Haagi konventsiooni kaitsele, kuna Haagi konventsiooni kohaldamise aluseks on tegelik hooldusõiguse teostamine. Teised erandid põhinevad vajadusel kaitsta lapse huve ning on seega otse seotud lapse parimate huvide põhimõttega.

⁴⁸ E. Perez-Vera (viide 2), p 434;

⁴⁹ R. Schuz (viide 40), p 439;

⁵⁰ Ibid;

⁵¹ Osalisriikide praktikaga saab lähemalt tutvuda: www.incadat.com;

Nendele alustele täiendavalt võidakse laps erandkorras jätta tagastamata, kui laps on uues keskkonnas kohanenud⁵² või kui esineb vastuolu taotluse saanud riigi inimõigustega.⁵³ Artikli 13 (3) kohaselt tuleb kohtul võimalikke lapse tagastamist välistavaid asjaolusid kaaludes arvestada lapse hariliku viibimiskoha riigilt saadud teavet lapse sotsiaalse tausta kohta. Sellest järeldub, et riigil on endal uurimise kohustus, mistõttu ei saa tagastamine olla automaatne ega mehhaaniline, vaid tõepoolest tuleb lapse huve igakord arvesse võtta.

1.2.4. Lapse tagastamata jätmise erijuhud

1.2.4.1. Lapse vastuseis tagastamisele

Haagi konventsiooni art 13 (2) järgi võib kohus jätta lapse tagastamata, kui leiab, et laps on tagasisaatmisele vastu ning tema vanuse ja küpsuse tõttu on vajalik tema arvamusega arvestada. Kohtul on diskretsiooniõigus jätta laps tagastamata, kui on tuvastatud, et laps on tagastamisele vastu ning tema küpsust ja vanust arvestades peab tema seisukohaga arvestama. Kohus peab igal üksikul juhul hindama, kas lapse vastuseis on asjakohane ja piisav, et jätta laps tagastamata.⁵⁴

Seda, mis vanusest on laps piisavalt vana ja küps, et tema arvamusega arvestada, peab kohus igal üksikul juhul hindama. Vastav kohtu diskretsiooniõigus on antud juhul oluline, sest Haagi konventsioon kehtib kõikide alla 16-aastaste laste puhul ning näiteks 15-aastase lapse tagastamine vastu tema tahtmist oleks ebamõistlik. Üheks põhjuseks, miks selle küsimuse otsustamine jäeti kohtute pädevusse on see, et Haagi konventsiooni koostajad ei suutnud saavutada üksmeelt ea alampiiri osas, kus lapse arvamusega peaks juba arvestama, ning seetõttu jäeti seegi kohtu otsustada.⁵⁵ Samas tuleks lähtuda eeldusest, et mida vanem on laps, seda tõsisemalt võetav on tema seisukoht, sest seda tõenäolisem on, et ta oskab iseseisvalt ja adekvaatselt oma tahet kujundada.⁵⁶ Mida vanem on laps, siis ka seda sõltumatumad on ilmselt tema seisukohad ja valikud. Samas, kuna Haagi konventsioon vanuselist piiri ei sätesta, peab kohus lapse vanust, küpsust ja elukogemust arvestades neid asjaolusid kaaluma. Kohus peab veenduma, et lapse arengutase on selline, et ta on suuteline ise oma seisukohti

⁵² Haagi konventsioon (viide 1), art. 12 (2);

⁵³ Ibid. art. 20;

⁵⁴ Lähemalt lapse arvamusega arvestamise kohta lapseröövi asjades vt.: P. E. McEleavy. Evaluating the Views of Abducted Children: Trends in Appellate Case Law. - Child and Family Law Quarterly, 2008, pp 230-254.

⁵⁵ E. Perez-Vera (viide 2), p 433;

⁵⁶ Vt nt: RK määrus 22.02.2007. nr 3-2-1-142-06 p 14; In Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody) [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288;

kujundama ning kas tema arvamus tagastamise osas kindel, ega tulene ühekordsest meeldivast emotsioonist või hetke tujust. Eesti Vabariigi Riigikohus on näiteks leidnud, et lapse saab jätta tagastamata vaid siis, kui ilmneb lapse tõsine vastuseis tagastamisele, see on tekkinud objektiivsete asjaolude alusel ning lapse tahte sõltumatuses ei ole kahtlust ning seega ei piisa lapse tagastamata jätmiseks sellest, et laps eelistab elada vanema juures, kes teda õigusvastaselt kinni peab, vajalik on lapse tõsine vastuseis tagastamisele.⁵⁷

Asjaolu, et laps hetkesituatsioonis on oma hariliku viibimiskoha riiki naasmise vastu, ei ole piisavaks aluseks lapse tagastamata jätmisele.⁵⁸ Laps võib eelistada elada koos vanemaga, kes ta õigusvastaselt teise riiki viis, kuid see ei ole piisav tema tagastamata jätmiseks.⁵⁹ Lapse soovid ja eelistused selles osas, kelle juures ta meelsamini elaks, on küsimused, mis kuuluvad lahendamisele lapse hooldusõiguse menetluses. Antud juhul on aga vajalik lapse tõsine vastuseis. Samuti on oluline vahet teha selles, kas laps ei soovi tagasi pöörduda maha jäänud vanema juurde või on ta vastu riiki naasmisele.⁶⁰ Seega on oluline, et lapse vastuseis oleks objektiivne, mitte mõjutatud sellest, kelle juures laps eelistaks elada. Ühtlasi peab laps mõistma, millist mõju omab tema vastuseis tema elule kaugemas tulevikus. Kohus peab välja selgitama, kas lapse arvamus on kujunenud iseseisvalt, ilma vanematepoolsete oluliste mõjutusteta, kui see nii ei ole, siis on kohtul õigus lapsed tagastada vaatamata nende poolt väljendatud vastuseisule.⁶¹ Oluline on silmas pidada, et lapsel võib olla küll selge ettekujutus tema äraviimise situatsioonist, kuid last ei tohiks asetada olukorda, kus ta tunneb survet, et tal tuleb valida oma vanemate vahel, sest see võib põhjustada lapsele tõsist psüühilist kahju.

Näiteks õigusteoreetik R. Schuz on arvamusel, et kohtunikud suhtuvad liiga pealiskaudselt sellesse, kas laps on piisavalt vana, et tema arvamuse ja seisukohaga arvestada ning kas lapse seisukohad on kujunenud iseseisvalt. Tema hinnangul peaks lapse seisukohti arvestama iga kaasuse puhul ning meeles peaks pidama ka seda, et ka täiskasvanud inimesed ei suuda alati otsuseid langetades hinnata seda, millist mõju otsused võivad pikas perspektiivis omada ning ka nende otsused on tihti mõjutatud teiste inimeste arvamusel.⁶² Ka paruness Hale leiab, et lapse arvamusse tuleks suhtuda tõsisest, eriti olukorras, kus nad on uude keskkonda

⁵⁷ L. Hallik (viide 32), lk 160;

⁵⁸ Ibid;

⁵⁹ Vt nt: CA Grenoble 29/03/2000 M. v. F.;

⁶⁰ L. Hallik (viide 32), lk 160;

⁶¹ Winters v. Cowen [2002] NZFLR 927;

⁶² R. Schuz. The Influence of the CRC on the implementation of the the Hague Child Abduction Convention. Journal of Family Law and Practice, Vol 13, 2010, p 45;

kohanenud, sest vastasel kannatab laps kaks korda – esiteks siis, kui ta õigusvastaselt ära viidi ja teiseks, olles uues keskkonnas kohanenud, tuleb tal uuesti ümber kohaneda vaid selleks, et Haagi konventsiooni eesmärkide täitmine ei saaks kahjustada.⁶³

Üldiselt on lapseröövi asjades hakatud andma lapsele rohkem võimalusi saada ära kuulatud⁶⁴, võimalik, et see on tingitud Brüssel II *bis* määruse artiklist 11 (2). Kui Haagi konventsioon otsesõnu ei sätesta kohustust tagada lapsele võimalust olla ära kuulatud, siis Brüssel II *bis* määruse artikli 11 (2) kohaselt peab sellise võimaluse lapsele alati tagama juhul, kui laps otsustatakse tagastamata jätta eeldusel, et see ei osutu lapse vanust või küpsusastet arvestades sobimatuks. Kuigi määruse regulatsiooni kohaselt on pandud riikidele kohustus laps ära kuulata vaid Haagi konventsiooni 13 (2) kohaldamisel, siis tegelikult ei ole see sellega piiratud. Ka Brüssel II *bis* määrus ei konkretiseeri, kuidas peaks lapsi ära kuulama, seda võib teha nii vahetult kui eksperdi kaudu. Haagi konventsioon on jätnud selle osalisriikide otsustada, samuti nagu ka lapse õiguste konventsiooni artikkel 12 seda teeb.⁶⁵ Mõned osalisriigid kuulavad lapsi ise vahetult üle, samas kui mõned arvestavad lapse arvamusega läbi eksperdi poolt antud hinnangu.⁶⁶ On seisukohti, mille kohaselt ei ole vahendatud ärakuulamine piisav, sest ärakuulamise õiguse peamine eesmärk on see, et laps saaks teda puudutavas protsessis osaleda ja see eeldab, et lapsele antaks võimalus saada ära kuulatud vahetult kohtuniku poolt, kes asja menetleb.⁶⁷ Brüssel II *bis* määrus näeb ette, et lühikeste tähtaegade tõttu korraldatakse ärakuulamine võimalikult kiirel ja tõhusal viisil ning üks võimalus on kasutada korda, mis on kehtestatud määrusega (EÜ) nr 1206/2001, mis reguleerib liikmesriikide kohtute vahelise koostöö kohta tõendite kogumisel tsiviil- ja kaubandusajades.⁶⁸ Siiski võib asuda seisukohale, et lapse ärakuulamise vajadust tunnustatakse, sest näiteks Brüssel II *bis* määruse regulatsiooni kohaselt peetakse lapse ära kuulamata jätmist niivõrd oluliseks protsessiõiguse rikkumiseks, mis on lapse tagasitoomise tõendi väljastamata jätmise aluseks.⁶⁹

⁶³ Re M (Abduction: Zimbabwe) [2007] UKHL 55 par 42-46.

⁶⁴ Osalisriikide kohtupraktikat lapse ärakuulamise kohta lapseröövi menetlustes vt: www.incadat.com;

⁶⁵ Lapse õiguste konventsioon (viide), art. 12;

⁶⁶ A. Shulz (viide 61), lk 282;

⁶⁷ Ibid;

⁶⁸ Euroopa Nõukogu määrus (EÜ) nr 1206/2001, mis reguleerib liikmesriikide kohtute vahelise koostöö kohta tõendite kogumisel tsiviil- ja kaubandusajades;

⁶⁹ Brüssel II *bis* määrus (viide), art. 42 (2);

1.2.4.2. Tagastamine asetab lapse ohtu

Haagi konventsiooni artikli 13 (1) b kohaselt ei ole tagastamine lapse huvides, kui esineb tõsine oht, et tagastamine põhjustaks lapsele olulisi psühholoogilisi või füüsilisi kannatusi või asetaks lapse muul viisil väljakannatamatusse olukorda. Haagi konventsioonis ei ole täpsustatud, milline peab see oht olema, kuid konventsiooni sõnastust ja eesmärki silmas pidades, peab tegemist olema tõsise ja äärmusliku ohuga, mida ei ole võimalik ära hoida. See on tingitud osaliselt Haagi konventsiooni koostamise ajaloost, kuid samuti üldisest eeldusest, et tagastamine on laste huvides ning kartusest, et vastasel juhul võidaks seda erandit meelevaldselt kasutama hakata. Tegemist saaks olla äärmuslike juhtumitega ning oht peaks olema piisavalt konkreetne, tõenäoline ja aktuaalne. Kindlasti ei piisa üksnes kahtlustest. Osalisriigid on „tõsist ohtu“ tõlgendanud võrdlemisi kitsalt, sest olla seisukohal, et tagastamist taotlev riik suudab lapsele kaitset tagada isegi juhul, kui minimaalne oht esineb.⁷⁰

Euroopa Liidu liikmesriikidel tuleb Haagi konventsiooni art 13 (1) b kohaldamisel arvestada lisaks ka asjaoluga, et Brüssel II *bis* määruse art 11 lg 4 järgi ei saa lapse tagastamisest konventsiooni art 13 (1) b alusel keelduda, kui tagastamist taotlevas riigis on tehtud piisavad korraldused lapse kaitseks pärast tema tagastamist.⁷¹ Tegemist on ühe märkimisväärse erinevusega Brüssel II *bis* määruse ja Haagi konventsiooni vahel. Seega piiratakse määrusega Haagi konventsiooni artikli 13 1 (b) määratletud erandit hädavajaliku miinimumini, laiendades lapse tagasitoomiseks korralduse andmise kohustust ka juhtudele, kus tagasitoomine võiks last niisugusesse ohtu seada, kuid sellegipoolest on kindlaks tehtud, et päritoluliikmesriigi ametiasutused on võtnud või on valmis võtma piisavad meetmed lapse kaitsmiseks pärast tema tagasitoomist. Seega Euroopa Liidu regulatsiooni kohaselt ei tohiks last jätta kunagi tagastamata, vaid olukorras, kus oht esineb tuleb välja selgitada, kas ohtu on võimalik kõrvaldada. Alles siis, kui kohtu hinnangul ohu kõrvaldamiseks teine liikmesriik asjakohaseid meetmeid vastu võtta ei suuda, võib lapse artikli 13 1(b) alusel tagastamata jätta.

⁷⁰ L. Walker The Impact of the Hague Abduction Convention on the Rights of the Family in the Case-Law of the European Court of Human Rights Committee: The Danger of Neulinger. - Journal of Private International Law, Vol 6, No 3, 2010, p 664;

⁷¹ Brüssel II *bis* määrus (viide 35), art. 11 (4); Brüssel II *bis* määruse regulatsiooniga seonduvaid asjaolusid vaata lähemalt: P.McEleavy. The Child Abduction regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership? - Journal of Private International Law, 5, 2005, 1;

Erandi kohaldamisel ei pea kohtud arvestama lapse heaolu, kui peamise asjaoluga. Artikkel 13 1 (b) nõuab üksnes ohu hindamist.⁷² Sellele juhtis tähelepanu USA *Friedrich vs Friedrich*⁷³ kaasuses, kus kohus märkis, et „tõsise ohu“ erandit ei tohi käsitleda kui luba kohtule, kuhu laps on õigusvastaselt viidud, hakata spekulereima selle üle, kus oleks laps kõige õnnelikum.⁷⁴ Selle küsimuse lahendamine kuulub hooldusõiguse otsustamise menetlusse, milleks pädevust omab lapse hariliku viibimiskoha kohus. Seega ei tohiks tagastamise menetlus muutuda faktipõhiseks argumenteerimiseks ja vastuargumenteerimiseks, kuid samuti ei tohiks artiklisse 13 1(b) suhtuda liiga pealiskaudselt, et see kaotaks igasuguse mõtte.

Ülalmärgitud *Friedrich vs Friedrich* kaasuses leiti, et last ei tohiks tagastada sõjakoldesse või olukorras, kus esineb reaalne oht, et tagastamisel jääks laps vägivalda või väärkohtlemise eest kaitsetuks, sest riik ei suuda või ei soovi mingil põhjusel lapse kaitsmiseks vajalikke meetmeid rakendada.⁷⁵ Emapilgul võib selline tõlgendus tunduda mõnevõrra äärmuslik, justkui see peaaegu välistaks igasuguse võimaluse erandi kohaldamiseks, kuid samasugune hoiak on võetud ka Euroopa Liidus nagu ülalpool sai välja toodud. Seega küsimus on pigem selles, kas tõsine oht esineb või esineb see üksnes seetõttu, et selle kõrvaldamiseks ei eksisteeri rahuldavaid meetmeid.

Samas heidab professor Carol S. Bruch Haagi konventsioonile ette, et selle väljatöötamisel ei arvestatud piisavalt vägivaldsete juhtumite keerukusega ning et Haagi konventsiooni regulatsioon jääb sellistel juhtudel nõrgaks, sest kohtud, selle asemel et jätta laps tagastamata, pigem tagastavad lapse ja lepivad kinnitusega, et lapsele pakutakse hooldusõiguse küsimuse lahendamise ajaks kaitset. Tegelikult on tema arvates kohtute määrused vägivaldaohvrite kaitsmisel jäänud hambutuks.⁷⁶ Samas ei ole Haagi konventsiooni eesmärgiks, et tagastamist otsustav kohus hakkaks välja selgitama süüdistusi lapse väärkohtlemise vms asjaolude suhtes, mis ei tähenda seda, et kohus ei peaks nendele süüdistustele tähelepanu pöörama.

⁷² P. R. Beaumont, P. E. McEleavy (viide 6) p 140;

⁷³ *Friedrich vs Friedrich*, 983 F.2d 1396 (6th Circ. 1993);

⁷⁴ *Ibid*;

⁷⁵ P. R. Beaumont, P. E. McEleavy (viide 6), p 142;

⁷⁶ C. S. Bruch *The Hague Child Abduction Convention: past accomplishments, future challenges-Globalization of Child Law. The Role of the Hague Convention*. S.Detrick, P.Vlaardingerbroek (eds). The Hague, Boston, London, 1999, p 40;

1.2.4.3. Hooldusõiguse mitte teostamine

Haagi konventsiooni artikli 13 1 (a) kohaselt ei pea kohus last tagastama, kui lapse hooldusõigust omav isik lapse äraviimise või kinnipidamise ajal hooldusõigus tegelikult ei teostanud. Haagi konventsioon ei konkretiseeri, mida on mõeldud hooldusõiguse tegeliku teostamise all ning see küsimus on jäetud kohtu otsustada arvestades iga üksiku lapseröövi asjaolusid. Professor E. Pérez-Vera selgitab, et hooldusõiguse teostamisena võib näiteks käsitleda ka seda, kui hooldaja mureseb lapse hoolitsemise eest kuigi mõjuvate asjaolude tõttu ei ela lapsega koos.⁷⁷ Tagastamiseks taotluse esitanud isik on kohustatud tõendama, et lapse äraviimise ajal oli tal hooldusõigus, mille teostamise õigusest ta lapse äraviimisega ilma jäi. Haagi konventsiooniga kaitstakse nimelt nende isikute õiguseid, kes ka tegelikult hooldusõigust teostasid.

1.2.4.4. Laps on kohanenud uues keskkonnas

Kui Haagi konventsiooni art 12 (1) järgi tuleb laps üldjuhul tagastada, kui tagastamise avaldus esitatakse aasta jooksul alates lapse õigusvastasest äraviimisest või kinnihoidmise algusest, siis artikli 12 (2) järgi võib kohus jätta hiljem kui aasta jooksul esitatud avalduse ka rahuldamata. Haagi konventsiooni art 12 (2) järgi võib riik jätta lapse tagastamata juhul, kui lapse tagastamise menetlust on alustatud pärast aasta möödumist lapse õigusvastasest äraviimisest või kinnihoidmisest ja laps on uues elukeskkonnas kohanenud. Kuigi Haagi konventsiooni mõtte kohaselt tuleks laps küll ka hiljem esitatud avalduse alusel tagastada, kuid kui laps on uues keskkonnas kohanenud, siis peaks lapse tagastamine toimuma üldjuhul juba hooldusõiguse üle peetava menetluse kaudu.⁷⁸ Asjaolu, kas laps on uues elukeskkonnas kohanud, oleneb väga paljudest erinevatest asjaoludest ning kohtul tuleb seda iga üksiku kaasuse puhul hinnata. Osalisriikide kohtupraktika on selles osas erinev, on nii lapsekesksemaid kui ka objektiivsemaid lähenemisi.⁷⁹ Käesoleva erandiga nähakse seega ette, et kui laps on uues keskkonnas juba kohanenud, ei ole tema tagastamine enam lapse parimates huvides ning see võib olla aluseks lapse tagastamata jätmisel.

Selleks, et jätta laps konventsiooni art 12 (2) alusel tagastamata, tuleb tuvastada, kas laps on oma uues keskkonnas kohanenud. Haagi konventsioonis ei ole täpsustatud, mida tähendab uue

⁷⁷ E.Perez-Vera(viide 2), p 432

⁷⁸ Ibid, p 458;

⁷⁹ Vt nt: *Re N. (Minors) (Abduction)* [1991] 1 FLR 413; *Cannon v. Cannon* [2004] EWCA CIV 1330, [2005] 1 FLR 169; *Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody)* [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288; *David S. v. Zamira S.*, 151 Misc. 2d 630, 574 N.Y.S.2d 429 (Fam. Ct. 1991);

keskkonnaga kohanemine ja mida peab kohus seejuures täpsemalt tuvastama. Selle all võiks mõista lapse igakülgset integreerumist uude elukeskkonda, kus laps on kohanenud nii uute perekondlike suhetega kui ka teda ümbritseva sotsiaalse ja kultuurilise keskkonnaga.⁸⁰ Näiteks ühel juhul põhjendas kohus uue elukeskkonnaga kohanemist asjaoluga, et laps on elanud sisse uude keelekeskkonda, tal on kujunenud uus sotsiaalne keskkond, ta käib lasteaias, suhtleb aktiivselt ja talle on tagatud head elamis- ja kasvamistingimused. Kohus toonitas seejuures, et väikelaps kohaneb uue keskkonnaga kiiremini.⁸¹ Inglismaa apellatsioonikohus rõhutas ühes oma otsuses, et ei piisa vaid lapse füüsilisest sisseelamisest, sama oluline on hinnata ka lapse emotsionaalset kohanemist uude elukeskkonda.⁸²

1.2.4.5. Haagi konventsiooni artikkel 20

Haagi konventsiooni artikli 20 kohaselt võib lapse tagastamisest keelduda, kui tagastamine ei oleks lubatud taotluse saanud riigi inimõigusi ja põhivabadusi kaitsvate põhiõiguste kohaselt. Tegemist on üksnes juriidiliste argumentidega, mis on tuletatud asjaomase riigi siseriiklikust õigusest ning tegemist on selgelt erandlikku iseloomu omava erandiga.⁸³ Artiklit 20 võiks seega rakendada ka näiteks olukorras, kui taotluse saanud riigi kohtul puudub kindel veendumus selles, et lapse hariliku viibimiskoha riik suudaks lahendada hooldusõiguse küsimuse adekvaatselt. Samuti, kui tulenevalt selle riigi hooldusõigust reguleerivatest normidest, kultuurist, tavadest vms asjaoludest võib lapse peamisel hooldajal tekkida selles riigis takistusi lapse hooldusõiguse küsimustes kohtusse pöördumisel.⁸⁴

Näiteks professor C. S. Bruch rõhutab, et kohtud peaksid arvesse võtma, millised on religioossed ning kultuurilised tavad ja kombed antud riigis. Samuti peaks hindama seda, kas lapsega koos tagasi tulevale vanemale võimaldataks piisav juurdepääs õiguskaitseüsteemile.⁸⁵ Professor P. Nygh leiab aga vastupidi, et ühel osalisriigil ei sobi asuda välja selgitama, millistel alustel teise osalisriigi kohus hooldusõiguse asja lahendaks.⁸⁶ Autor kaldub toetama professor P. Nygh seisukohta, sest osalisriigid on Haagi konventsiooniga liitumisel otsustanud üksteise õigussüsteeme usaldada.

⁸⁰ L. Hallik (viide 32), lk 157;

⁸¹ Ibid;

⁸² *Cannon v. Cannon* [2004] EWCA CIV 1330, [2005] 1 FLR 169 [INCADAT cite: HC/E/UKe 598];

⁸³ E. Perez -Vera (viide 2), p 462;

⁸⁴ A. Valgma (viide 1), lk 51.

⁸⁵ C. S. Bruch (viide 76), p 48;

⁸⁶ P. Nygh. The International abduction of children. – Children on the Move. How to implement their right to family life. J.Doek, H. van Loon, P. Vlaardingerbroek (eds). The Hague , Boston, London 1996, p 41;

1.3. Lapse parimate huvide kaitse Euroopa inimõiguste konventsiooni kohaselt

Lapse õigus perekonnavalule on Euroopas kaitstud ka EIK artikliga 8. Kuigi EIK ei sisalda endas eraldi sätet laste ega nende erilise kaitsevajaduse kohta, on põhimõtteliselt kõik EIK-is loetletud õigused tagatud ka lastele, sest EIK artikkel 1 ütleb, et lepinguosalisel, kes on konventsiooni enda suhtes jõustunud, kohustuvad tagama selles sätestatud õigused igapähele, kes on nende jurisdiktsiooni all. See tähendab, et ka lastele laienevad konventsioonis määratletud õigused ja vabadused. EIK artikli 8 kohaselt on igapähel õigus sellele, et austataks tema era- ja perekonnavalu ja kodu ning korrespondentsi saladust ning sellele, et võimud ei sekku selle õiguse kasutamisse muidu, kui kooskõlas seadusega ja kui see on demokraatlikus ühiskonnas vajalik riigi julgeoleku, ühiskondliku turvalisuse või riigi majandusliku heaolu huvides, korratuse või kuriteo ärahoidmiseks, tervise või kõlbluse või kaasinimeste õiguste ja vabaduste kaitseks. Perekonnavalu puutumatus põhimõte loob avalikule võimule mitmesuguseid positiivseid kohustusi selle põhimõtte tegelikuks efektiivseks kasutamiseks.⁸⁷

Loomupärasest lapse ja vanemate kokkukuuluvusest tuleneb lapse õigus olla koos oma vanematega ning olla nende poolt hooldatud. Ka vanematel on õigus olla koos oma lapsega.⁸⁸ See õigus korrespondeerub vanemate kohustusega lapse eest hoolitseda ning osaleda tema kasvatamisel. Et laps on nõrgem ja ebavõrdsem pool, tuleb ka siin lähtuda põhimõttest, et iga sekkumine perekonnavallu peab arvestama lapse parimaid huve.⁸⁹ See põhimõte on leidnud kinnitamist ka EIÕKohtu praktikas.

Nii on näiteks EIÕKohtu *Johansen vs Norra* kaasuses märkinud, et „avaliku võimu poolt perekonnavallu sekkumise sobivus ja õigustatus varieerub osalisriikides, sõltudes perekonnavalu ja riigi sekkumise traditsioonidest ning avalikuks sekkumiseks vajalike ressursside olemasolust konkreetses kohas. Hoolduse kohaldamise asjus on siseriiklikel⁹⁰ võimudel suur suvamäär [...] kuid ranget kontrolli rakendatakse nende meetmete suhtes, millega piiratakse vanemate juurdepääsu lapsele, ja õiguslike tagatiste suhtes, millega kaitstakse lapse ja vanemate õigust perekonnavalule.“⁹¹

Lapse eraldamine vanematest on sekkumine perekonnavallu, mis ühtib iseenesest Haagi konventsiooni aluseks olevate printsiipidega. Ka Haagi konventsioon seab eesmärgiks

⁸⁷ R. Maruste (viide 24) lk 424;

⁸⁸ Ibid;

⁸⁹ Ibid;

⁹¹ EIKo 07.08.1999, 10600/83, *Johansen vs Norra*, para 64;

taasliita laps ja mahajäänud vanem ning üritab ennetada vanema omavolilist tegevust perekonnasuhete muutmisel selliselt, mis võiks lapsele kahjulikult mõjuda. Ka lapsest lahus elaval vanemal on õigus lapsega kokku saada, mis on ka esmalt vanemate omavahelise kokkuleppe küsimus, kuid kui nad selles ühisele kokkuleppele ei jõua, võib sekkuda eestkostetasutus või kohus.⁹²

Juhul, kui keerukatest perekonnasuhetest tulenevalt ei ole vanemad ise olnud suutelised reguleerima rahuldaval moel oma suhteid lastega, siis peavad riigi positiivsest kohustusest tulenevalt selle küsimuse lahendamise avaliku võimu esindajad, seal hulgas kohus. EIÕKohtu praktikas on palju juhtumeid, kus riigid on jäänud süüdi EIK artiklist 8 tulenevate positiivsete kohustuste rikkumises näiteks suutmatuse tõttu langetada mõistliku aja jooksul õiglane otsus ja ei ole riik suutnud mõistliku aja jooksul otsust ka tegelikult ellu viia.⁹³

Vanemate faktiline kooselu ei ole kohustuslik perekonnaelu tunnus – oluline on side lapse ja vanema vahel.⁹⁴ Lahus elaval vanemal on õigus perekonnaelule ka temast lahus elava lapsega, mis võib väljenduda õiguses saada lapsega regulaarselt kokku ning temaga koos aega veeta.⁹⁵ Lapsele tähendab see õigust säilitada kontakt oma mõlema vanemaga ning seda, et üks vanem ei hoiaks teda teisest vanemast eemal ja takistaks tal teise vanemaga kontaktis olemast.⁹⁶ Seda sama põhimõtet jagab ka Haagi konventsioon.

EIÕKohus on mitmel korral rõhutanud riigi positiivset kohustust aidata kaasa ühe vanema juurest teises riigis elava lapsega kokkusaamisele ning keeldu olla passiivne või teha selleks formaalseid takistusi. Näiteks rõhutas EIÕK seda põhimõtet *Ignaccolo-Zenide vs Rumeenia*⁹⁷ kaasuses, kus EIÕKohus tegi viite ka Haagi konventsioonile leides, et riigivõimud ei astunud Haagi konventsiooni artiklis 7 ettenähtud samme lapse tagastamiseks kaebajale ning seeläbi rikkusid artikli 8 järgi endale võetud kohustust. EIÕKohus on artiklist 8 tuletanud riigi positiivsed kohustused seoses isikute perekonnaelu kaitsmisega. Nii on kohus tuletanud *Olsson vs Rootsi*,⁹⁸ kaasusest, et laste perekonnast eraldamine peab üldjuhul olema ajutine ning riigil on positiivne kohustus teha samme, et tagada, et perekonnal oleks võimalik taasühineda.

⁹² R. Maruste (viide 24) lk 424;

⁹³ Ibid;

⁹⁴ R. Maruste (viide 24), lk 426;

⁹⁵ Ibid;

⁹⁶ Ibid;

⁹⁷ EIKo 25.01.2000, 31679/96, *Ignaccolo-Zenide vs Rumeenia*;

⁹⁸ EIKo 24.03.1988, 10465/83, *Olsson vs Rootsi*;

Eelnev tähendab, et riik võib rikkuda oma konventsioonijärgset kohustust tagada isikute õigus perekonnaelule, kui riik ei tee piisavalt samme, et aidata perekonnal taasühineda. Üldjuhul on riigil keeld sekkuda isikute perekonnaellu, kuid EIÕK tunnistab, et perekonnaellu sekkumine on lubatud ja isegi vajalik, kui see toimub lapse parimates huvides. Samuti tuleb lapse parimaid huve arvestada hooldusküsimuste lahendamisel. Seega on EIÕKohus laste asju arutades hakanud arvestama ja tunnustama lapse õiguste konventsiooni sätestatud põhimõtteid.⁹⁹

Õigus perekonnaelu kaitsele ei ole piiramatu õigus. See võib olla piiratud üldiste huvide, teiste sama kaaluga väärtuste ning teiste inimeste õiguste ja vabaduste kaitse vajadusega, kasutades huvide tasakaalustamise testi.¹⁰⁰ Eeltoodust nähtub, et lapse parimaid huve peetakse perekonnaõigusega seotud asjades esmatähtsaks, kuigi arvestama peab ka teiste asjast puudutatud isikute huvide ja õigustega.

⁹⁹ U. Kil Kelly. The Child and the European Convention on Human Rights. Ashgate Publishing, 1999, p 202, p 243;

¹⁰⁰ R. Maruste (viide 24), lk 443;

2. KAHE EUROOPA SUURIMA KOHTU ERINEV PRAKTIKA RAHVUSVAHELISTES LAPSERÖÖVI ASJADES JA SELLEST TINGITUD OHUD

2.1 EIÕKohtu käsitus lapse parimatest huvidest rahvusvahelistes lapseröövi menetlustes

2.1.1 EIÕKohtu traditsiooniline käsitus Haagi konventsiooni kohaldamisest

Varasemalt on EIÕKohus lapseröövi puudutavates asjades võtnud seisukoha, et mõõdupuuks, kas riik on täitnud EIKist tulenevaid positiivseid kohustusi, on Haagi konventsioon. Teisisõnu öeldes, nende kohustuste täitmist, mida Haagi konventsioon ette näeb, on EIÕKohtu hinnangul põhjendatud osalisriikidelt eeldada.¹⁰¹ Sellega seoses on EIÕKohus oma otsustes järjekindlalt deklareerinud, et riigid on kohustatud tegema lapse tagasitoomise tagamiseks piisavaid ja tõhusaid pingutusi.¹⁰² Kõik osalisriigid peavad oma nimetatud konventsiooni artiklis 8 sätestatud kohustuste täitmiseks ette nägema piisavad ja tõhusad vahendid.¹⁰³ EIÕKohus on rõhutanud ka seda, et vanemliku vastutuse määramise, sealhulgas lõpliku otsuse jõustamisega seotud menetlusi tuleb käsitleda kiiresti, kuna aeg võib parandamatult kahjustada lapse suhteid selle vanemaga, kelle juures ta ei ela. Seetõttu saab konkreetse meetme piisavuse üle otsustada selle rakendamise kiiruse järgi.¹⁰⁴ Seega on EIÕKohus korduvalt rõhutanud riigi positiivseid kohustusi, mis osalisriigil seoses EIKi artikliga 8 lapseröövi asjades on, kusjuures see kohustus eksisteerib riigil Haagi konventsioonist sõltumata.

Haagi konventsiooni artikli 13 (1) b kohaldamisel on EIÕKohtu seisukoht olnud jäik ning kui lapseröövi toime pannud vanem on vaielnud tagastamise otsusele vastu, ei ole EIÕKohus leidnud, et tegemist oleks selle isiku EIKi artiklis 8 kaitstud perekonnaellu sekkumisega. Teisest küljest, kui maha jäänud vanem vaidles vastu lapse tagastamata jätmise otsusele, siis leidis EIÕKohus, et tegemist on selle vanema perekonnaellu sekkumisega, kui mõlemad riigid olid Haagi konventsiooniga liitunud ning tingimused lapse tagastamiseks olid Haagi

¹⁰¹ The best interests of the child in the recent case-law of the European Court of Human Rights, Franco-British-Irish Colloque on family law, Dublin, 14 May 2011; EIKo 26.06.2003, 48206/99 *Maire vs Portugal*;

¹⁰² EIKo 24.047.2003, 56673/00, *Iglesias Gil ja A.U.I. vs Hispaania*, par 62;

¹⁰³ Ibid. par 76; *Ignaccolo-Zenidi vs Rumeenia* (viide), para 108;

¹⁰⁴ Vt nt: *Maire vs Portugal*, par 74; *Ignaccolo-Zenidi vs Rumeenia*, para 102;

konventsiooni artikli 12 kohaselt täidetud, kuid last ei tagastatud.¹⁰⁵ EIÕKohus ei teinud vahet sellel, kas kohus oli otsustanud lapse jätta tagastamata või oli otsustanud lapse tagastada, kuid seda otsust ei olnud riik suutnud täide viia.¹⁰⁶

2.1.2 Maumousseau ja Washington vs Prantsusmaa

Maumousseau ja Washington vs Prantsusmaa¹⁰⁷ (edaspidi *Maumousseau*) kaasus oli esimene, kus EIÕKohus võttis menetlusse kaebuse lapseröövi toime pannud vanema poolt, kes väitis, et lapse tagastamine rikub nii tema kui lapse EIKi artikliga 8 kaitstud õiguseid. Lapse vanemad olid abielus ja elasid USA-s. 2003 aastal läks ema lapsega Prantsusmaale puhkama ning ei pöördunud enam lapsega tagasi. Isa esitas avalduse lapse tagastamiseks, mille Prantsusmaa kohus lõppastmes rahuldab, leides, et laps tuleb tagastada. Ema pöördus avaldusega EIÕKohtu poole, väites, et 4 aastase lapse tagastamine asetaks lapse väljakannatamatusse olukorda, kuivõrd lapsel tuleks tagasi pöörduda üksi, sest ema USA-sse tagasi minna ei saa. Seetõttu on lapse tagastamine lapse huvidega vastuolus ning rikub Haagi konventsiooni artiklit 13 (1) b ja EIKi artiklit 8. Ema leidis, et Prantsusmaa kohus tõlgendas Haagi konventsiooni artiklit 13 (1) b liiga kitsalt, sest ei arvestanud sellega, et lapse eraldamine emast ja harjumuspärasest keskkonnast Prantsusmaalt, tekitaks lapsele kahju. Ema oli seisukohal, et lapse tagastamise otsustamise menetluses ei võetud lapse parimaid huve Haagi konventsiooni artikli 13 1 (b), lapse õiguste konventsiooni artikli 3 ja EIKi artikli 8 valguses täies ulatuses arvesse.¹⁰⁸ Prantsusmaa oli seisukohal, et emal puudusid mis tahes takistused USA-sse tagasipöördumiseks.¹⁰⁹

EIÕKohus märkis, et selleks, et hinnata, kas tegu on isiku EIKi artiklis 8 nimetatud õiguse rikkumisega, tuleb arvesse võtta ka teisi asjakohaseid rahvusvahelise õiguse printsiipe ning hinnata EIK-is kaitstud õiguseid nende printsiipide valguses. Lapseröövi asjades on selleks EIÕKohtu hinnangul Haagi konventsioon ja lapse õiguste konventsioon.¹¹⁰ Alates lapse õiguste konventsiooni vastuvõtmisest on lapse parimad huvid lapsi puudutavates asjades kõige olulisemad. Selles sätestatud lapse parimate huvide mõiste võib EIÕKohtu hinnangul

¹⁰⁵ A. Shulz. The 1980 Hague Child Abduction Convention and The European Convention on Human Rights - Transnational Law and Contemporary Problems, Vol 12, 2002, p 335

¹⁰⁶ Ibid;

¹⁰⁷ EIKo 6.12.2007, 39388/05, *Maumousseau ja Washington vs Prantsusmaa*;

¹⁰⁸ Ibid. par 64;

¹⁰⁹ Ibid;

¹¹⁰ Ibid. par 60;

tähendada erinevaid asju, kuid lapse hooldusõigust puudutavates asjades võiks selle all mõista eelkõige kahte asja. Esiteks lapse õigust areneda stabiilses keskkonnas ilma, et vanemal oleks võimalik lapse tervist ja arengut kahjustada ning teiseks lapse õigust säilitada sidemed perekonnaga, välja arvatud siis, kui perekond on osutunud eriti ebasobivaks.¹¹¹

EIÕKohtu hinnangul on lapse parimad huvid üheks olulisemaks asjaoluks ka Haagi konventsiooni menetluses ning eelkõige tähendab see lapse õigust sellele, et üks vanem ei viiks teda omavoliliselt ära või ei hoiaks teda omavoliliselt eemal teisest vanemast, arvates, et temal on lapse suhtes rohkem õiguseid.¹¹² EIÕKohus viitab Euroopa Komisjoni Parlamentaarse Assamblee soovitusetele, mille kohaselt ei tohiks lapsi enam pidada vanemate omandiks, vaid neid tuleb tunnustada, kui indiviide, kellel on omad õigused ja vajadused.¹¹³ EIÕKohus leiab, et Haagi konventsiooni preambula kinnitab seda, et Haagi konventsioonis on lapse huvide kaitset peetud kõige olulisemaks asjaoluks. Haagi konventsiooni kaitseb lapsi nende õigusvastasest äraviimisest või kinnihoidmisest tekkiva kahju eest. Seega on lapseröövi korral eesmärgiks esimesel võimalusel taastada *status quo*. Sellega hoitakse ära olukord, kus õigust rikkuv vanem saavutaks läbi oma õigusvastase teo kohtualluvuse muutuse endale meelepärases suunas nii, et hooldusõiguse küsimust ei hakka mitte lahendama lapse hariliku viibimiskoha kohus, vaid riik, kuhu laps on õigusvastaselt viidud või kus teda õigusvastaselt kinni hoitakse.¹¹⁴ EIÕKohus rõhutas, et ta nõustub täies ulatuses Haagi konventsiooni eesmärkide ja selle aluseks oleva filosoofiaga.¹¹⁵

EIÕKohus ei nõustunud avaldaja väitega, et Prantsusmaa kitsas tõlgendus Haagi konventsiooni artiklist 13 (1) b on vastuolus lapse õiguste konventsioonis sätestatud lapse parimate huvide põhimõttega.¹¹⁶ EIÕKohus toob välja, et ka lapse õiguste konventsioon kohustab osalisriike vastu võtma meetmeid võitlemaks lapse ebaseadusliku välismaale viimise või kinnihoidmise vastu, soosides osalisriikide poolt selleks kokkulepete sõlmimist, ning juhtis tähelepanu, et Haagi konventsioon ongi üks sellistest kokkulepetest.¹¹⁷ EIÕKohus rõhutas, et Haagi konventsiooni menetlus ei saa olla automaatne ega mehhaaniline tulenevalt konventsioonis ettenähtud eranditest, millega kohus peab iga üksiku juhtumi lahendamisel

¹¹¹ Ibid. par 67;

¹¹² Ibid. par 68;

¹¹³ Ibid;

¹¹⁴ Ibid. par 69;

¹¹⁵ Ibid;

¹¹⁶ Ibid;

¹¹⁷ Ibid; par 71;

arvestama.¹¹⁸ EIÕKohus märkis, et erandeid tuleb menetluse eesmärges silmas pidades kitsalt tõlgendada, et Haagi konventsioon täidaks oma eesmärges ja muutuks kasutuks instrumendiks.¹¹⁹

Kokkuvõttes EIÕKohus leidis, et antud juhul ei ole tegemist EIKi artikkel 8 rikkumisega. EIÕKohus tuvastas, et Prantsusmaa oli tagastamise küsimuse lahendamisel läbi viinud sügavpõhjaliku uuringu faktilistest, emotsionaalsetest, psühholoogilistest, materiaalistest ja meditsiinilistest aspektidest ning teinud tasakaalustatud otsuse kõikide asjassepuutuvate isikute huve arvestades, lähtuvalt sellest, mis on antud kontekstis just lapsele parim lahendus.¹²⁰ Seega võttis EIÕKohus Haagi konventsiooni tõlgendamise osas range seisukoha ja leidis, et Haagi konventsiooni artiklis 13 1 (b) sätestatud oht ei saa olla üksnes põhjendatud lapse eraldamisega lapseröövi toime pannud vanema poolt. Samuti EIÕKohus rõhutas, et aja möödumine ei saa olla argumendiks lapse tagastamata jätmisel.¹²¹

2.1.3 Neulinger ja Shuruk vs Šveits

Kui eelnevast otsusest võis järeldada, et EIÕK toetab Haagi konventsiooni erandite traditsioonilist kohaldamist, siis EIÕKohtu poolt hiljem tehtud *Neulinger ja Shuruk vs Šveits*¹²² (edaspidi *Neulinger*) otsuses jõudis EIÕKohus seisukohale, et lapse tagastamise otsustamisel tuleb arvestada lapse parimate huvidega.¹²³ EIÕKohus leidis, et Haagi konventsiooni ja lapse parimate huvide vahel eksisteerib otsene side, sest lapse parimad huvid on Haagi konventsiooni aluspõhimõtteks.¹²⁴ Lõpuks jõudis EIÕKohus järeldusele et lapse tagastamise otsuse täitmisele pööramine kujutaks endast vastuolu EIKi artikliga 8 ning seega tuleks jätta laps tagastamata.¹²⁵

Kaasuse asjaolude kohaselt abiellus avaldaja 2001. aastal Iisraeli kodanikuga ning neil sündis laps, kelle suhtes oli vanematel ühine hooldusõigus. 2005. aastal vanemad lahutasid ning ema lahkus koos pojaga salaja Iisraelist Šveitsi. 2006. aastal otsustas Iisraeli kohus, et lapse äraviimine on olnud vastuolus Haagi konventsiooni artikliga 3 ning isa esitas Šveitsi kohtule

¹¹⁸ Ibid. par 72;

¹¹⁹ Ibid;

¹²⁰ Ibid. par 74;

¹²¹ Ibid. par 73;

¹²² *Neulingeri ja Shuruk vs Šveits* (viide 7);

¹²³ Ibid;

¹²⁴ Ibid. par 137;

¹²⁵ Ibid;

taotluse lapse väljaandmiseks. Šveits jõudis järeldusele, et lapse äraviimine on Haagi konventsiooni mõistes olnud seadusevastane.¹²⁶ Ema pöördus kaebusega EIÕKi poole, väites, et lapse tagastamine rikuks nii tema kui ka lapse EIKi artiklis 8 sätestatud õigust perekonnaelule. Ema põhjendas oma seisukohta sellega, et lapse isa kuulus äärmuslikku ususekti, oli vägivaldne ning näidanud ennast äärmiselt ebausaldusväärse isikuna. Tema huvi lapse vastu oli käesolevaks ajaks kadunud ning ka Iisraelis olles kohtus ta lapsega üksnes mõned korrad nädalas paar tundi sotsiaaltöötaja järelevalve all. Isa oli vahepeal uuesti abiellunud ja lahutanud ajal, mil tema uus naine oli lapseootel.¹²⁷ EIÕKohtu kohtukoda leidis, et lapse tagastamine ei rikuks EIKi artiklit 8, aga EIÕKohtu suurkoda võttis asja menetlusse ning leidis, et tagastamine rikuks nii ema kui ka lapse EIKi artiklis 8 kaitstud õiguseid.¹²⁸

Etteruutavalt öeldes võib konkreetse kaasuses erakordseid asjaolusid arvestades pidada lõpptulemust mõistlikuks, kuid EIÕKohtu poolt tehtud otsus võimaldab erinevate tõlgenduste tegemist, mis ei ole soovitatav, kuna Haagi konventsiooni tõhusa toimimise eelduseks on selle ühtne tõlgendamine. EIÕKohus leidis, et olenemata sellest, et tegemist on olnud lapse õigusvastase äraviimisega, tuleb lapse tagastamise otsustamisel välja selgitada, mis oleks antud juhul lapse parimates huvides ning selleks on vajalik viia läbi tervet perekondlikku olukorda hõlmav süvaanalüüs. Vastava süvaanalüüsi läbiviimine tähendab, et kõikide asjassepuutuvate osapoolte - vanemad, laps ja avalikkus, huve tuleb hinnata ning nende vahel tuleb leida õige tasakaal. Samas tuleb silmas pidada, et lapse puudutavates menetlustes on lapse huvid ülimuslikud. See, mis konkreetse lapse parimates huvides antud hetkel on, võib EIÕKohtu hinnangul oleneda mitmetest individuaalsetest asjaoludest nagu näiteks lapse vanus, küpsusaste, vanemate kohalolek või puudumine, samuti keskkond, milles laps viibib.¹²⁹ Tegemist on uudse lähenemisega lapseröövide menetlemisel. Kui varasemalt on kohus leidnud, et riikidelt tuleb eeldada Haagi konventsioonis ettenähtud nõuete täitmist, siis selles asjas on kohus oma seisukohta muutnud, juhtides riike viima lapse parimate huvide osas läbi süvaanalüüsi.

Eelnevalt sai välja toodud, et kõnesoleva kaasuse erakordseid asjaolusid arvestades oli õige, et laps jäeti Iisraelisse tagastamata. Seda eelkõige põhjusel, et lapse äraviimisest kuni võimaliku tagastamise vahele oli kulunud märkimisväärselt palju aega. Menetlused olid erinevates

¹²⁶ Ibid;

¹²⁷ Ibid;

¹²⁸ Ibid;

¹²⁹ Ibid. par 132-139;

kohtutes kestnud umbes 4 aastat, millest enamus aega kulus EIÕKohtu menetlustele. Ilmselgelt oli laps selleks ajaks uues keskkonnas kohanenud, mistõttu oleks tagastamine võinud teda täiendavalt kahjustada. EIÕKohus leidis, et ta ei ole veendunud, et peale sellise aja möödumist oleks tagastamine lapse huvides.¹³⁰ Autor peab seda antud asjaolude valguses õigeaks järelduseks, kuid tegelikult ei ole viide sellele, et laps on uues elukeskkonnas kohanenud asjakohane, sest Haagi konventsiooni artikli 12 (1) kohaselt saab sellele argumendile tugineda vaid siis, kui isa ei oleks avaldust esitanud aasta jooksul. Käesoleval juhul oli isa avalduse tähtaegselt esitanud.

EIÕKohus on küll otsuses napolisõnaliselt viidanud Haagi konventsiooni artiklile 11 ning kohustusele, et võimud tegeleksid tagastamise küsimusega operatiivselt ning viidanud *Maumousseau* kaasusele, mille kohaselt nõuab tagastamise otsuse täitmisele pööramine kiiret tegutsemist, sest lahusoleku aeg võib mõjutada lapse ja lahusoleva vanema suhteid,¹³¹ kuid EIÕKohus ei ole otsuses selgesõnaliselt viidanud sellele, et kuna kohtumenetlus venis, siis just selletõttu ei olnud tagastamine enam lapse huvides. Seda võib kohtuotsust tervikuna lugedes järeldada, kuid pigem rõhutab EIÕKohus järjepidevalt lapse parimate huvide olulisust.¹³² Näiteks L. Walker on asunud seisukohale, et EIÕKohus viitab otsuses küll ka üldisele Haagi konventsiooni kohaldamise praktikale ning refereerib lühidalt osalisriikide kohtupraktikat artikli 13 1 (b) kohaldamise osas, kuid puudub põhjalik analüüs kohtupraktikast ja EIÕKohus toetub L. Walkeri hinnangul liiga palju lapse parimate huvide põhimõttele, mitte artikli 13 1 (b) asjakohasele tõlgendusele.¹³³ Autor nõustub L. Walkeri seisukohaga antud küsimuses. Kuigi eeldada võib, et menetlustele kulunud aeg oli lõpuks see, mis tingis lapse tagastamata jätmise, siis rõhutab EIÕKohus oma otsuses pigem süvaanalüüsi läbiviimist ning EIÕKohus otsustas lapse tagastamata jätta olukorras, kus rangelt võttes Haagi konventsiooni kohaselt aluseid lapse tagastamata jätmiseks ei esinenud.

EIÕKohus on ühe argumendina küll välja toonud selle, et tagastamine ei oleks ema huvides, kuna teda võivad Iisraelis oodata kriminaalsüüdistused¹³⁴. Samas oli Šveitsi föderaal kohus oma otsuses selgesõnaliselt märkinud, et kui ema ootaksid Iisraelis kriminaalsüüdistused, siis ei oleks Šveits eeldanud ema pöördumist Iisraeli ja sellisel juhul oleks ka lapse tagastamine

¹³⁰ Ibid;

¹³¹ *Neulingeri ja Shuruk vs Šveits* (viide 7), par 83, par 140;

¹³² Ibid. par 141;

¹³³ L. Walker (viide 70), p 669;

¹³⁴ *Neulingeri ja Shuruk vs Šveits* (viide 7) par 149, par 40;

langenud Haagi konventsiooni artikkel 13 1 (b) erandi alla. Šveits ei pidanud aga kriminaalsüüdistuste esitamise võimalust tõendatuks.¹³⁵ EIÕKohus ei toonud välja, et lapse tagastamata jätmise aluseks on võimalike kriminaalsüüdistuste esitamise oht ema suhtes, millest võiks järeldada, et EIÕKohus on pidanud lapse tagastamata jätmiseks piisavaks fakti, et ema ei soovi Iisraeli tagasi pöörduda.¹³⁶ EIÕKohus selles küsimuse õiguslikku seisukohta ei kujundanud,¹³⁷ kuid *Maumousseau* kaasuses asus EIÕKohus vastupidisele seisukohale. EIÕKohus leides, et üksnes ema soovimatus tagasi pöörduda, ei saa olla tagastamata jätmise aluseks artikli 13 1 (b) mõttes.¹³⁸

Asjaolus, et EIÕKohus viitab osalisriikide kohustusele süvaanalüüsi läbiviimise juures oma varasemale otsusele *Maumousseau*'s, võiks järeldada, et EIÕKohus ei pea silmas kõikehõlmavat süvaanalüüsi, vaid üksnes nende asjaolude väljaselgitamist, mis on tagastamise otsustamiseks vajalik. Samas ei ole see üheselt selge ja võimaldab teha erinevaid järeldusi. Selgituseks, et *Maumousseau* kaasuses räägib EIÕKohus süvaanalüüsist Prantsusmaa kohtute tegevuse kirjeldavas osas, asudes seisukohale, et Prantsusmaa on tagastamist otsustades asjaolusid põhjalikult uurinud. *Neulinger*'i otsusest võib aga aru saada selliselt, et süvaanalüüs on kohustus, mille tegemata jätmisel ei täidaks riik EIKi artiklist 8 tulenevaid kohustusi. Kui EIÕKohus on selle otsusega pidanud silmas viimast, siis on tegemist uue lähenemisega, kuivõrd nn traditsioonilise lähenemise kohaselt ei ole Haagi konventsiooni menetluse eesmärgiks lapse hooldusõiguse küsimuse lahendamine, mis sellist süvaanalüüsi eeldaks, vaid viivitamatu tagastamine, välja arvatud teatud erandlikel juhtudel.

Eriarvamusele jäänud kohtunik Zupanic juhib tähelepanu sellele, et EIÕKohus viitab korduvalt *Maumousseau* kaasuses tehtud otsusele, kus on väljendatud põhimõtet, et aja möödumine ei tohiks olla põhjuseks lapse tagastamata jätmiseks, kui muud tingimused lapse tagastamiseks on täidetud. Samas jõuab EIÕKohus käesolevas otsuses hoopis vastupidisele seisukohale. Kohtunik Zupancic leiab, et *Neulinger*'i otsus pöörab tagurpidi kõik selle, mida EIÕKohus *Maumousseau* otsuses on väljendanud. Seetõttu peab ta kummaliseks, et EIÕKohus viitab *Neulinger*'is *Maumousseau* otsusele, kuna viimase kohaselt oleks EIÕKohus pidanud jõudma täpselt vastupidisele seisukohale - leidma, et tagastamine ei riku EIKi artiklit 8.¹³⁹ Kohtunik Zupancic viitab sellele, et kui EIÕKohus on varasemalt

¹³⁵ Ibid. par 44;

¹³⁶ *Neulingeri ja Shururuk vs Šveits* (viide 7), par 144-145;

¹³⁷ Ibid;

¹³⁸ *Maumousseau ja Washington vs Prantsusmaa* (viide 107);

¹³⁹ *Neulingeri ja Shururuk vs Šveits* (viide 7), eriarvamused par 65-67;

rõhutanud, et lapseröövi toime pannud vanem ei tohi kasu saada lapse äraviimisest ja tagastamise otsustamise vahele jäänud aja möödumisest, siis käesoleval juhul on just sellel põhjusel EIÕKohus jõudnud järeldusele, et tagastamine oleks vastuolus EIKi artikliga 8. Kohtunik Zupanic toob välja, et iseküsimus on see, kas EIÕK jõudis *Maumousseau* kaasuses õigele järeldusele või tegi selles asjas vea ning püüab nüüd seda viga parandada.¹⁴⁰

Autor möönab, et selline lähenemine, kus kohus jätab lapse tagastamata põhjusel, et äraviimise ja tagastamise vahele on kulunud palju aega, võib tekitada palju probleeme. L. Walker toob välja, et selline kohtupraktika, kus laps otsustatakse jätta tagastamata põhjusel, et lapse äraviimise ja tagastamise vahele on kulunud palju aega, võib tingida selle, et vanem, soovides võita aega, asub tagastamise otsuseid aja võitmise eesmärgil vaidlustama. Piisava aja möödudes saavutab lõpuks lapse tagastamata jätmise.¹⁴¹ Ollakse arvamisel, et EIÕKohus võis soovida aja möödumise aspektist mööda minna põhjusel, et peamiselt põhjustas ajakulu EIÕKohus ise.¹⁴² Nagu ülal selgitatud, kestis menetlus kokku neli aastat, millest napilt alla kolme aasta oli asi menetluses EIÕKohtus. Nähtavalt ei järginud EIÕKohus ise oma varasemalt praktikat, mis puudutab asja menetlemise kiirust. L. Walkeri hinnangul jätab selline lahendus võimaluse Haagi konventsiooni väärkasutamiseks, mis omakorda võib tulevikus omada negatiivset mõju nii laste kui vanemate õigustele.¹⁴³ Autor on samal seisukohal, leides, et selline praktika ei ole soovitatav, kuivõrd annaks vanematele võimaluse Haagi konventsiooniga manipuleerida endale meelepärasel viisil, mis kahjustaks Haagi konventsiooni eesmärkide tõhusat saavutamist. Lapse röövinud vanem teades, et piisava aja möödudes õnnestub tal saavutada endale sobiv olukord ja saada seeläbi oma õigusvastaselt teost kasu.

Nagu ülal märgitud, võib tegelikult konkreetse kaasuse erakordseid tehioalusid arvestades lõpptulemusega rahule jääda, kuid autor on seisukohal, et otsuse sõnastus võimaldab teha erinevaid järeldusi, mille ühe versiooni kohaselt peaksid tagastamise küsimust otsustavad kohtud hakkama igakordselt art 13 1(b) erandi kohaldumise tuvastamisel välja selgitama lapse primaarid huve kõikehõlmaval viisi selleks, et nende tegevus oleks EIKi artikliga 8 kooskõlas. Otsusest järeldub, et selleks, et Haagi konventsiooni kohaldamisel ei rikutaks isiku EIKi artiklis 8 kaitstud õigust perekonnaelule, nõuab EIK, et lapse tagastamise üle otsustamisel

¹⁴⁰ Ibid;

¹⁴¹ L. Walker (viide 70), p 669;

¹⁴² Ibid;

¹⁴³ Ibid;

hinnataks lapse parimaid huve kõikehõlmaval viisil. Kui riik süvaanalüüsi läbi ei vii, siis ei ole riik isiku EIKi artiklis 8 sätestatud õigust taganud.

Kui EIÕKi seisukoht selles küsimuses tõepoolest selline on, et lapse parimaid huve tuleb igal konkreetsel juhul kaaluda, siis on tegemist mõnevõrra erineva lähenemisega Haagi konventsiooni kohaldamisel, kui võrd Haagi konventsiooniga soovitakse kaitsta kõikide laste huve üldiselt. Lisa Walker toob välja, et see võib olla kahe õigusinstrumendi suurim erinevus - EIK kaitseb kiivalt inimõigusi ja Haagi konventsioon näeb ette ranged reeglid lapse viivitamatuks tagastamiseks.¹⁴⁴ Autor on selle seisukohaga päri, sest EIÕKohus, kohustades kohtuid viima läbi kõikehõlmavat süvaanalüüsi lapse parimate huvide väljaselgitamiseks, soovib ilmselgelt juhtida kohtuid tagastamise otsustamisel süüvima asja tegelikku sisusse, samas kui Haagi konventsiooni kohaselt on selliseks süvaanalüüsi läbiviimiseks kõige õigem lapse hariliku viibimiskoha riigi kohus, välja arvatud konventsioonis ettenähtud erandjuhtudel.

2.1.4 Raban vs Rumeenia

Neulinger`is loodud huvide tasakaalustamise põhimõtte leidis kohaldamist kohe *Raban* kaasuses.¹⁴⁵ Kaasuse asjaolude kohaselt elas perekond kahe lapsega Iisraelis. Ema reisis koos lastega Rumeeniasse ja pidi tagasi pöörduma oktoobris 2006. aastal, kuid teatas novembris, et ta ei kavatse tagasi pöörduda. Isa esitas Rumeenia kohtule avalduse laste tagasitoomiseks. Algselt kohus rahulda isa kaebuse, kuid ema apellatsioon rahuldati ning kohus leidis täpselt samadel asjaoludel vastupidiselt esimese astme kohtu seisukohale, et isa avaldus ei kuulu rahuldamisele ning lapsi ei tule tagastada. Rumeenia kohus asus seisukohale, et laste äraviimine ei olnud õigusvastane, kuna isa andis äraviimiseks nõusoleku ning kuigi isa oli esitanud avalduse laste tagastamiseks õigeaegselt, olid lapsed nüüd uue elukeskkonnaga kohanenud. Alternatiivselt leidis kohus, et isegi kui äraviimine oli õigusvastane, siis oleks laste tagastamine välistatud artikli 13 1 (b) alusel seoses Iisraelis valitseva terroristide rünnaku ohuga.

Järgnevalt pöördus isa EIÕKohus poole väitega, et tema EIKi artiklites 6 ja 8 sätestatud õiguseid on rikutud, kuid EIÕKohus lükkas mõlemad väited ümber. Refereerides oma otsust

¹⁴⁴ L. Walker (viide 40), p 667;

¹⁴⁵ EIKo 26.10.2010, 25437/08, *Raban vs Rumeenia*;

Neulinger is kordas EIÕKohus huvide tasakaalustamise põhimõtet.¹⁴⁶ EIÕKohus rõhutas, et lapse parimad huvid on lapsi puudutavates asjades ülimuslikud, tagastamine ei saa olla automaatne ega mehhaaniline ning kohtud peavad tagastamise küsimusel läbi viima süvaanalüüsi lapse parimate huvide osas.¹⁴⁷ EIÕKohus leidis, et Rumeenia oli piisavalt põhjalikult käsitlenud laste tagastamise otsustamisel isa nõusolekut laste äraviimise kohta ning samuti artikli 13 1(b) kohaldumist. EIÕKohus märkis, et tema ei saa kahtluse alla seada osalisriigi hinnanguid, kui ei esine ilmselgeid tõendeid omavoli kohta ning kohtu hinnangul selliseid tõendeid ei esinenud. EIÕKohus leidis, et vastupidi, Rumeenia apellatsioonikohus oli erilise hoolega hinnanud lapse parimaid huve, kes olid väga väikesed, kui nad Iisraelist lahkusid ning paistsid käesolevaks ajaks väga hästi kohanenud uues keskkonnas. EIÕKohus ei näinud põhjust, miks ta ei peaks nõustuma Rumeenia apellatsioonikohtu seisukohtadega.¹⁴⁸

Asjaolu, et EIÕKohus sarnaselt *Neulingeris* tehtud otsusega leidis, et isegi, kui taotlus lapse tagastamiseks on esitatud õigeaegselt, siis ei tule last tagastada, kui laps on uues elukeskkonnas kohanenud. Selline tõlgendus ei ole kooskõlas Haagi konventsiooniga, sest viimane lubab arvestada lapse kohanemisega uues keskkonnas vaid juhul, kui taotlust ei ole esitatud õigeaegselt.¹⁴⁹ Autori hinnangul laiendab EIÕKohus sellega lapse tagastamata jätmise aluseid, sest Haagi konventsioon ei näe ette võimalust jätta laps tagastamata põhjusel, et ta on uude keskkonda hästi sisse elanud juhul, kui taotlus lapse tagastamiseks on esitatud õigeaegselt. See viitab üheselt sellele, et EIÕKohus on hakanud üha rohkem tähelepanu pöörama lapse parimate huvidele, selle asemel, et juhinduda Haagi konventsiooni rangest sõnastusest.

Professor P.R. Beaumont leiab, et probleemid said alguse sellest, et Rumeenia kohtud käsitlesid nõusoleku küsimust Haagi konventsiooni artikli 3 valguses, kuigi nõusolekut ei peaks selle valguses käsitlema.¹⁵⁰ Artikkel 3 määrab üksnes ära selle, kas äraviimine on olnud õigusvastane või mitte ning kuna vanemad olid laste äraviimisel abielus ja isal oli laste äraviimise ajal emaga ühine hooldusõigus, siis oleks korrektne olnud jõuda järeldusele, et

¹⁴⁶ Ibid;

¹⁴⁷ Ibid;

¹⁴⁸ Ibid. par 39;

¹⁴⁹ Haagi konventsioon (viide 1) art 12;

¹⁵⁰ L. Walker, P. R. Beaumont (viide 3), p 233;

laste äraviimine oli õigusvastane ning artikkel 3 kohaldub.¹⁵¹ Kaasuse asjaolude kohaselt oli isa andnud nõusoleku laste äraviimiseks kuni tema majandusliku olukorra paranemiseni.¹⁵²

Professor möönab, et selles küsimuses puudub küll rahvusvahelisel tasandil ühtne praktika, siis õigem on nõusolekuga arvestada just artikli 13 raames, sest sellega kandub tõendamiskoormis lapse äraviinud vanemale, kes peab tõendama, et nõusolek lapse äraviimiseks oli olemas.¹⁵³ Autor nõustub professori seisukohaga, sest vastupidine oleks maha jäänud vanema suhtes ebaõiglane. Kusjuures ka EIÕKohus on ise varasemalt leidnud, et riik on rikkunud EIKi artiklit 8, kuna avalduse esitaja oli kohe menetluse alguses halvemas olukorras.¹⁵⁴ EIÕKohus leidis, et avaldajale oli ebaõiglaselt pandud kohustuseks tõendada, et ta ei olnud andnud nõusolekut lapse äraviimiseks, kuigi tõendamiskoormis lasub lapse äraviinud vanemal.¹⁵⁵ Samas ei ole EIÕKohus *Rabani* asjas viidanud artikli 3 käsitlemisel kordagi oma varasemale praktikale. Võiks eeldada, et EIÕKohus juhindub nendes küsimustes enda varasemast praktikast, kuid antud juhul otsustas EIÕKohus nõustuda Rumeenia kohtu tõlgendusega.

Kuivõrd Haagi konventsiooni artikli 13 1 (b) kohaldumise osas EIÕKohus seisukohta ei kujundanud, siis võib järeldada, et ta otsustas nõustuda Rumeenia kohtu seisukohaga. See on märkimisväärne, sest EIÕKohus leidis ühes oma varasemas otsuses, et Rumeenia oli rikkunud isiku EIKi artiklis 8 sätestatud õigust just seoses sellega, et kohtud keeldusid lapse tagastamisest Iisraelisse terroristide rünnaku ohu tõttu.¹⁵⁶ On selge, et EIÕKohus on otsust tehes pööranud peamise tähelepanu lapse parimate huvide väljaselgitamisele. Nii on ta nõustunud Rumeenia kohtu otsusega, kuivõrd viimane oli tagastamise otsustamisel hinnanud lapse parimaid huve eriti hoolikalt.

2.1.5 EIÕKohtu praktikast tulenevad ohud

Autori hinnangul on EIÕKohus asunud rõhutama lapse parimate huvidega arvestamise vajalikkust tagastamise menetluses viisil, mis ei ole kooskõlas Haagi konventsiooni eesmärkidega. EIÕKohtu soovist rõhutada lapse huvidega arvestamise vajalikkust võib mõista, kuid see võib kahjustada Haagi konventsiooni tõhusat toimimist. Haagi konventsiooni

¹⁵¹ Ibid, p 234;

¹⁵² Ibid;

¹⁵³ Ibid;

¹⁵⁴ EIKo, 8.11.2008, 49492/06, *Carlson vs Šveits*;

¹⁵⁵ Ibid;

¹⁵⁶ EIKo 27.06.2006, 7198/04, *Iosub Caras vs Rumeenia*;

tõhusa toimimise garantiiks on selle ühtne eesmärgipärane kohaldamine Viimane näeb ette lapse õigusvastase äraviimise või kinnihoidmise korral lapse viivitamatu tagastamise tema harilikku viibimiskoha riiki, välja arvatud teatud erandlikel juhtudel. Selle põhjuseks on eeldus, et lapse tagastamine on tema parimates huvides, kuna lapse harilik viibimiskoha riik on kõige pädevam lapse parimaid huve põhjalikult hindama. Seega ei ole Haagi konventsiooni eesmärgiks lahendada hooldusõiguslikke küsimusi vaid üksnes taastada *status quo*. Kui Haagi konventsiooni alusel algatatud menetluse raames tuleb kohtul viivitamatu tagastamise või mittetagastamise otsuse asemel läbi hakata viima süvaanalüüsi lapse parimate huvide osas, ei ole enam tegemist Haagi konventsiooni eesmärgi täitmisega. Autor nõustub, et lapse tagastamine ei tohi olla automaatne ega mehhaaniline, kuid lapse parimate huvidega arvestamine peab jääma tagastamise küsimuse lahendamise raamidesse. Vastasel juhul võib juhtuda, et lapse tagastamise küsimuse lahendamisest kujuneb lapse hooldusõiguse küsimuse lahendamine, mis ei ole Haagi konventsiooni eesmärk.

EIÕKohtu praktika kahe eeltoodud kaasuse näol viitab sellele, et kui üldise arusaama kohaselt on Haagi konventsiooni eesmärgiks taastada *status quo*, siis EIÕKohtu hinnangul on eelkõige oluline hinnata lapse parimaid huve. Lapse parimate huvide vaatevinklist tuleb igakord otsustada lapse tagastamise või tagastamata jätmise üle. Autor mõnab, et nii *Neulingeri*'s, kui *Raban*'is viitab EIÕKohus *Maumousseau* otsusele, millest võiks järeldada, et sellega piiratakse osalisriigi kohtu pädevust tagastamise konteksti. See tähendaks, et Haagi konventsiooni tuleb jätkuvalt traditsiooniliselt kohaldada. Samas võimaldavad otsused teha mitmeti tõlgendatavaid järeldusi, mis tähendab, et see võib anda osalisriikidele segaseid signaale. Ühe võimaliku versiooni kohaselt tuleks lapse tagastamise otsustamisel sisuliselt hakata läbi viima hooldusõiguse menetlust.

Lapse üksikasjalike parimate huvidega tuleb hoolikalt ja igakülgset arvestada lapse hooldusõiguse menetluses, sest lapse parimad huvid on hooldusõiguse menetluse sisuks. Ajal, mil kiirus on oluline, saab hinnata vaid lapse koheseid ja tagastamise kontekstis olevad huve. Seega ei ole Haagi konventsioon alusel algatatud menetlus täiemahuline õiguslik menetlus, sellega nähakse ette vaid lapse viivitamatu tagastamine ning lapse parimaid huve hinnatakse lapse harilikus viibimiskoha kohtus hooldusõigusmenetluses. Seal viiakse läbi lapse parimate huvide süvaanalüüs. Seejuures ei tähenda lapse tagastamine tingimata seda, et laps asub tulevikus elama harilikus viibimiskoha riigis, samuti ei tähenda see seda, et lapse hooldusõiguse jääb tingimata lapse röövinud vanemale. Tagastamise korral nähakse ette

üksnes lapse asetamine tema hariliku viibimiskoha riiki. Autor leiab, et olukorras, kus küsimuse all on üksnes lapse tagastamise küsimus ning see, milline kohus hakkab lapse tulevikku puudutavaid küsimusi lahendama, ei peaks lapse parimaid huve käsitlema rohkem, kui see on vajalik tagastamise küsimuse lahendamiseks.

Kui lapseröövimisele ei järgne reeglina lapse tagastamist, on ohus Haagi konventsiooni ennetav eesmärk. Nagu eelnevalt selgitatud, on Haagi konventsiooni üheks eesmärgiks kõrvaldada võimalused foorumijahiks, et lapse omavoliliselt teise riiki viinud vanem ei saaks läbi oma ebaseadusliku tegevuse saavutada endale meelepärast olukorda jurisdiktsioonilise olukorra muutuse näol. Just lapseröövide vastu võitlemine oli Haagi konventsiooni ellukutsumise üheks eesmärgiks. See saab toimida vaid läbi põhimõtte, et lapse õigusvastase äraviimise korral järgneb sellele lapse tagastamine. Kui see enam nii ei ole ning tagastamise küsimuse lahendamisel tuleb igakord läbi viia lapse parimaid huve hõlmav süvaanalüüs, tähendab see sisuliselt ennetava eesmärgi, see on Haagi konventsiooni ühe peamise eesmärgi, saavutamise olulist kahjustamist.

Lisaks annab EIÕKohus sellega pädevuse otsustada lapse parimate huvide üle kohtule, kes ei ole selleks kõige õigem. Selliselt võib olukord muutuda taaskord Haagi konventsiooni eelseks, kus lapse hooldusõiguse üle otsustab riik, kuhu laps on õigusvastaselt viidud. Kuigi just selle praktika muutmine oli üheks Haagi konventsiooni ellu kutsumise põhjuseks. Haagi konventsiooni aluseks on alati olnud põhimõte, et kui lapse parimad huvid on lapse hooldusõiguse küsimuse keskmeks, siis selle üle peab otsustama lapse hariliku viibimiskoha riik ja mitte riik, kuhu laps on õigusvastaselt viidud või kinni hoitud, v.a teatud erandlikel juhtudel.

Ühtlasi võib selline praktika, olles küll kantud soovist lapse parimaid huve kaitsta, tegelikult neid kahjustada. Laste huvides ei ole, et üks vanem neid õigusvastaselt teise riiki ära viiks või neid seal kinni hoiaks. Loomulikult võib erandjuhtudel olla lapse huvides tema äraviimine ja teisest vanemast lahutamine, kuid reeglina tuleb silmas pidada, et lapsel on õigus säilitada sidemed oma mõlema vanemaga. Seega võib lapsele halvasti mõjuda ka tema omavoliline eemalhoidmine oma teisest vanemast. Autori hinnangul tähendab sellise süvaanalüüsi läbiviimise nõue riigis, kuhu laps on õigusvastaselt viidud pigem lapse röövinud vanema huvide eelistamisena, mis ei pruugi olla lapse parimates huvides ning kindlasti ei ole see õiglane maha jäänud vanema suhtes. Teatud juhtudel on lapse tagastamata jätmine

põhjendatud ja ka Haagi konventsioon näeb ette, et last ei tohiks tagastada, kui see teda täiendavalt kahjustaks.¹⁵⁷ Nendeks puhkudeks on ettenähtud erandid, millest peaks tagastamise üle otsustamisel juhinduma. Erandid ei näe ette, et lapse tagastamata jätmise aluseks võiks olla üldine lapse heaolu põhimõte. EIÕKohus oma viimastes lahendites aga Inglismaa Ülemkohus aga näiteks ei leia, et *Neulinger`i* ja *Raban`i* otsused omaks Haagi konventsiooni suhtes kahjustavad mõju, sest „tõsist ohtu“ hinnates Haagi konventsiooni artikli 13 1 (b) valguses, tuleb hinnata lapse koheseid huve, mitte lapse lõplikke huve.¹⁵⁸ Inglismaa Ülemkohtu hinnangul kinnitab seda seisukohta ka EIÕKohtu otsus *Van den Berg`i* asjas. Inglismaa tõlgenduse kohaselt tuleb Haagi konventsiooni artiklit 13 1 (b) endiselt kohaldada kitsalt ja erandkorras. Osalisriikidel on küll kohustus uurida, kas esineb aluseid lapse tagastamata jätmiseks ning hinnata tuleb tervet perekondlikku olukorda ja muid asjakohaseid asjaolusid, kuid selline uurimine on piiratud sellega, et kohus ise oleks veendunud, et lapse tagastamine on kooskõlas Haagi konventsiooniga. *Neulinger`i* ega *Raban`i* otsused ei viita sellele, et kohtul on kohustus viia läbi sama põhjalik süvaanalüüs, mis oleks vajalik lapse hooldusõiguse küsimuse lahendamisel. Inglismaa Apellatsioonikohus on seisukohal, et ilmselt juhtus *Neulinger`is* see, et EIÕKohus juhindus *Maumousseau* otsuse faktilisest kirjeldusest ning kohaldas seda väärsti *Neulinger`is*. Sellega muutis EIÕKohus selle justkui uueks „üldiseks õigusprintsipiiks“, mida lapseröövi asjas tuleb kohaldada ning hiljem on seda *Raban`is* ka kohaldanud.¹⁵⁹

Inglismaa on endiselt seisukohal, et kohtu poolse uurimise ulatus artikli 13 1 (b) kontekstis on piiratud konventsioonis ettenähtud üldise tagastamise kohustusega ning on seega oluliselt piiratum kui uurimine, mis on vajalik läbi viia hooldusõiguse küsimuse lahendamisel. Kohtu ülesanne on piiratud otsuse tegemisega, kas laps tagastada või mitte ning seega on välistatud igasugune võimalus, et kohus saaks läbi viia mingisuguse täiendava uurimuse lapse pikemajaliste parimate huvide osas. Lapse tagastamisel viib sellise uurimise läbi tema hariliku viibimiskoha kohus, kes selleks kõige pädevam on. Seega ei ole EIÕKohus oma otsustes kuidagi kahjustanud Haagi konventsiooni ega nõua ka mingit muutust selle kohaldamisel osalisriikide kohtute poolt. Seega on kohtu kohustus artikli 13 1 (b) puhul üksnes hinnata lapse viivitamatuid, mitte lõplikke parimaid huve ning EIÕKohtu ülesanne on hinnata, kas kohus on rikkunud mõnda Haagi konventsiooni poolt tagatud õigust, mitte ise asuda Haagi

¹⁵⁷ A. Valgma (viide 1), lk 43

¹⁵⁸ Re E (Children) (Abduction: Custody Appeal) [2011] UKSC, 27 20.06.2011;

¹⁵⁹ Ibid.

konventsiooni tõlgendama.¹⁶⁰ Inglismaa jõudis seisukohale, et kõik, mida võiks *Maumousseau* ja *Neulingeri* otsusest järeldada on see, et EIKi artiklit 8 tuleb sisustada ja tõlgendada lapse õiguste konventsiooni ja Haagi konventsiooni valguses, kuid see ei tähenda seda, et EIKi artikkel 8 „trumpab“ üle Haagi konventsiooni.¹⁶¹

Autor möönab, et selline järeldus on põhjendatud, kui hinnata koostoimes *Maumousseau*, *Neulinger'i* ja *Raban'i* kaasuseid. EIÕKohus on tõepoolest viidanud *Neulinger'is* *Maumousseau'le* ja refereerinud seda *Neulingeri* otsuses laiaulatsulikult. Kuid arvestades asjaolu, et EIÕKohus kordas ja rõhutas neid samu asjaolusid, mida ta oli *Neulingeris* välja toonud ka *Raban'is*, paneb mõtlema, et EIÕKohus on võtnud lapseröövi asjades uue kursi. Kui EIÕKohus oleks mõistnud, et *Neulinger'i* otsuse sõnastus oli lihtsalt ebaõnnestunud, oleks tal olnud võimalus *Raban'i* otsuses oma suuna jälle õigeks muuta. Ülaltoodust aga nähtus, et seda ei juhtunud. Kuigi *Neulinger'i* ja *Raban'i* kaasuse asjaolud ei olnud just identsed, siis oli neis sarnasusi piisavalt, et EIÕKohus oleks saanud vajadusel oma seisukohti väljendada õigesti.

Märkimisväärne on seegi, et EIÕKohtu president on ka ise hiljem kohtuväliselt möönnud, et *Neulinger'i* otsuse paragrahvist 139 on võimalik välja lugeda, et osalisriikide kohtud peaksid viivitamatu tagastamise otsustamise asemel hakkama läbi viima kõikehõlmavat süvaanalüüsi lapse parimate huvide väljaselgitamiseks, kuid märgib kokkuvõtlikult, et selline järeldus on meelevaldne. Ta põhjendab, et Haagi konventsiooni näeb ette laste viivitamatu tagastamise nende hariliku viibimiskoha riiki ning näeb ette, et selle riigi kohus otsustab lapse lõpliku hooldusõiguse küsimuse üle ning osalisriigi kohus peab lapse parimaid huve hindama üksnes talle etteantud raamide piires, milleks on otsustus tagastamise või tagastamata jätmise kohta.¹⁶² Seega kinnitab EIÕKohtu president, et *Neulinger'i* otsust ei tuleks käsitleda kui kursi muutust Haagi konventsiooni kohaldamisel. EIÕKohtu president selgitab, et *Neulingeri's* oli määravaks asjaoluks aeg ning nendel asjaoludel oli EIÕKohtu hinnangul ilmne, et lapse tagastamine ebakindlatesse oludesse Iisraelis ei olnud enam lapse huvides.¹⁶³

Isegi kui teoreetiliselt on see õige, siis ei ole mingit kindlust selles, et ka teised osalisriigid sellest just nii aru saavad. Pole kahtlust, et kui EIÕKohus rõhutab *Neulinger'i* ja *Raban'i*

¹⁶⁰ Ibid, par 5, 42, 48, 50-59, 68, 70;

¹⁶¹ Ibid, par 27;

¹⁶² The best interests of the child in the recent case-law of the European Court of Human Rights, Franco-British-Irish Colloque on family law, Dublin, 14 May 2011. Elektrooniliselt kättesaadav: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E6F5D437-C49A-47C5-9772578F54FB5C86/0/20110514_COLLOQUE_Dublin_FR.pdf (06.05.2012);

¹⁶³ Ibid;

otsustes märgitud süvaanalüüsi läbiviimise vajalikkust, on tõenäoline, osalisriigid võivad seda Haagi konventsiooni kohaldamisel tõlgendada laiemalt, kui see ehk mõeldud oli. Autori hinnangul võimaldab EIÕKohtu praktika teha erinevaid järeldusi. Kui EIÕKohtu hinnangul on lapse tagastamata jätmine lapse parimates huvides üksnes siis, kui kohaldub mõni Haagi konventsioonis ettenähtud erand, oleks EIÕKohtul olnud võimalus see selgelt välja tuua. Arvestades seda, et EIÕKohus on Euroopa üks suurimaid kohtuid, peaksid tema otsused olema üheselt selged, sest nendest juhindub väga suur hulk riike.

Autori hinnangul viitavad ka hilisemad EIÕKohutu otsused sellele, et EIÕKohus nõuab lapse parimate huvide osas tagastamise otsustamisel süvaanalüüsi läbiviimist. Näiteks leidis EIÕKohus *X. vs. Läti*¹⁶⁴ asjas Läti poolse EIKi artikli 8 rikkumise. Nimelt rahuldaski Läti kohtud Haagi konventsiooni alusel esitatud taotluse anda emaga Lätis elav laps tagasi lapse isale Austraaliasse. EIÕKohtu hinnangul ei olnud Läti kohtud hinnanud lapse parimaid huve, rõhutades, et Haagi konventsiooni alusel esitatud tagastamistaotluste arutamisel tuleb läbi viia süvaanalüüs perekondliku olukorra kohta tervikuna. Ka *Karrer vs Rumeenia*¹⁶⁵ osutas EIÕKohus sellele, et osalisriigid peavad hindama kõiki lapsega seonduvaid asjaolusid. EIÕKohus leidis, et tagastamist otsustav kohus ei analüüsinud lapse tagastamise psühholoogilisi, emotsionaalseid, materiaalseid ega meditsiinilisi aspekte, mille kõigi analüüsi vajadus sisaldub lapse tagastamise igakülgse analüüsi mõistes ning Rumeenia kohtud ei teostanud süvaanalüüsi. EIÕKohus küll leidis, et just lapse tagastamata jätmisel ei arvestatud lapse parimate huvidega, kuid rõhutas siiski süvaanalüüsi läbiviimise vajalikkust. Eelnev kinnitab asjaolu, et EIÕKohus peab lapse parimate huvidega arvestamist ja selles osas süvaanalüüsi läbiviimist vajalikuks.

2.2 Euroopa Kohtu käsitus lapse parimate huvide kaitsest rahvusvahelistes lapseröövi menetlustes

2.2.1 Doris Povse vs Mauro Alpago

Kui eelnevalt toodi välja ja analüüsiti, kuidas EIÕKohus viimastes lapseröövi käsitlenud otsustes on asunud rõhutama lapse parimatele huvide tähtsust, siis oluliselt erinev sellest lähenemisest on Euroopa teise suurima kohtu, Euroopa Kohtu, praktika. Euroopa Kohus juhindub rangelt Brüssel II *bis* määruse sõnastusest ja asjaolust, et „viimane sõna“ jääb

¹⁶⁴ EIKo 13.12.2011, 27853/09, *X vs Läti*;

¹⁶⁵ EIKo 21.02.2012, 16965/10, *Karrer vs Rumeenia*;

päritoluliikmesriigile, olenemata asjaoludest. Kohtupraktikast selgub, et Euroopa Kohus on seisukohal, et Brüssel II *bis* määruse korrektne kohaldamine ja liikmesriikide vaheline vastastikkuse usalduse põhimõte on piisav, et tagada lapse parimad huvid¹⁶⁶, kuid autor leiab, et on olukordi, kus see ei pruugi olla piisav lapse õiguste, seal hulgas inimõiguste, kaitsmiseks.

*Doris Povse vs Mauro Alpag*¹⁶⁷ kaasuse asjaolude kohaselt võttis ema lapse kaasa oma kodumaale Austriasse peale seda, kui suhted lapse isaga Itaalias purunesid. Vanematel oli lapse suhtes ühine hooldusõigus ning lapse äraviimine oli seega õigusvastane. Esmalt jättis Itaalia kohus vanematele ühise hooldusõiguse ning lubas emal jääda lapsega Austrias tingimusel, et ta ei takista isa külastusõigust. Kuna ema aga rikkus seda otsust, kohustas Itaalia kohus ema tagasi pöörduma, et laps saaks koos olla oma mõlema vanemaga. Samal ajal pöördus ema ainuhooldusõiguse taotlusega Austrias kohtusse. Kes omakorda pöördus Euroopa Kohtu poole küsimusega, kas teine liikmesriik saaks keelduda otsuse täitmisest olukorras, kus täitmisele pööramise ajaks on olukord niivõrd palju muutunud, et käesoleval ajal kujutaks tagastamine lapse huvidele tõsist ohtu.¹⁶⁸

Sisuliselt asus Euroopa Kohus seisukohale, et kohtualluvus ja jurisdiktsiooniline pädevus tuleb igal juhul jätta lapse päritoluliikmesriigile ning asjaolud, mis puudutavad muutunud olukorda, tuleb tõstatata just viimase riigi kohtu ees ning nende asjaolude vaidlustamine ei tohiks lükata edasi tagastamisotsuse täitmisele pööramist. Euroopa Kohus on väljendanud selgelt oma seisukohta, et kohtualluvus peab jääma tingimata lapse päritoluliikmesriigile ning isegi siis, kui tagastamise otsuse täitmisele pööramise ajal on olukord muutunud, ei ole see aluseks lapse tagastamata jätmiseks.

2.2.2 Aguirre Zarraga vs Simone Pelz

Aguirre Zarraga vs Simone Pelz (edaspidi *Zarraga*)¹⁶⁹ kaasuses pöördus Saksmaa Euroopa Kohtu poole küsimustega:

a) Kas Brüssel II *bis* määruse artikli 42 ja Euroopa Liidu põhiõiguste harta¹⁷⁰ valguses võiks omada ka teine liikmesriik õigust ümber vaadata päritoluliikmesriigi kohtu poolt vastu

¹⁶⁶ EK, 22.12.2010, C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga vs Simone Pelz* (edaspidi *Zarraga*);

¹⁶⁷ EK 10.07.2010, C-211/10 PPU, *Povse v. Alpag*;

¹⁶⁸ Ibid;

¹⁶⁹ *Zarraga* (viide 166);

võetud lapse tagastamise otsust, kui see sisaldab endast isiku fundamentaalsete õiguste rikkumist või on selline pädevus üksnes päritoluliikmesriigil;

b) Kas liikmesriik on kohustatud sellise otsuse täitmisele pöörama, kui juhtumi asjaoludest nähtub, et Brüssel II *bis* määruse artikli 42 alusel välja antud täitmistõend sisaldab endas ilmselgelt ebaõiget deklaratsiooni.¹⁷¹

Kaasuse asjaolude kohaselt peale seda, kui vanemate abielu Hispaanias lahutati ning isale määrati lapse suhtes ajutine hooldusõigus ja emale külastusõigus, kolis ema Saksamaale. Tütar läks emale koolivaheajaks Saksamaale külla ning jäigi sinna.¹⁷² Kuna lapse kinni hoidmine Saksamaal oli õigusvastane, tegi Hispaania kohus uue määruse, mille kohaselt keelati emal koos tütrega Hispaaniast lahkuda ja emalt võeti ära ka külastusõigus.¹⁷³ Saksamaal käis samal ajal Haagi konventsiooni alusel lapse tagastamise otsustamise menetlus, kus otsustati jätta laps Haagi konventsiooni artikli 13 (2) alusel, see on lapse vastuseisu tõttu, tagastamata. Samal ajal taastati hooldusõigusmenetlus Hispaanias, kus kohus oli jõudnud seisukohale, et sellel hetkel on vajalik võtta värske eksperdi hinnang ning lapsele tuleks anda võimalus saada ära kuulatud. Seda siiski ei juhtunud, sest kohus keeldus andmast emale luba koos tütrega Hispaaniast vabalt lahkumiseks, samuti keeldus alternatiivsest võimalusest kuulata laps ära videokonverentsi vahendusel.¹⁷⁴ Hispaania kohus otsustas anda isale tütre suhtes ainuhooldusõiguse, mille ema vaidlustas, kuid tulutult.

Siinkohal selgituseks, et olenemata sellest, et Saksamaa otsustas jätta lapse tagastamata, tuleb Euroopa Liidu siseselt juhinduda Brüssel II *bis* määrusest, mis annab eelise päritoluliikmesriigile. Brüssel II *bis* määruse annab päritoluliikmesriigile õiguse määrata hooldusõigus maha jäänud vanema kasuks ning artikkel 42 (2) alusel väljastada tõend, mis nõuab lapse tagastamist eelnevast hoolimata. Otsused, mille kohta vastav tõend on

¹⁷⁰Euroopa Liidu põhiõiguste harta art. 24:

1. Lastel on õigus heaoluks vajalikule kaitsele ja hoolitsusele. Lapsed võivad vabalt väljendada oma seisukohti. Neid seisukohti võetakse arvesse lapsega seotud küsimustes vastavalt tema vanusele ja küpsusele.

2. Kõikides lastega seotud toimingutes, mida teevad avalik-õiguslikud asutused või eraõiguslikud institutsioonid, tuleb esikohale seada lapse huvid.

3. Igal lapsel on õigus säilitada regulaarsed isiklikud suhted ja otsene kontakt oma mõlema vanemaga, kui see ei ole lapse huvidega vastuolus; Elektrooniliselt kättesaadav: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf;

¹⁷¹ L. Walker, P. R. Beaumont (viide 3), p 239;

¹⁷² Zarraga (viide 166) par 18-20;

¹⁷³ Ibid. par 21;

¹⁷⁴ Ibid. par 22;

väljastatud, on teises liikmesriigis koheselt täitmisele pööratavad ega vaja välisriigi kohtuotsuse tunnustamise menetlust. Euroopa Kohtu hinnangul on sellised otsused olenemata asjaoludest automaatselt täitmisele pööratavad.¹⁷⁵

Hispaania nõudis tütre tagastamist, kuid Saksamaa otsustas Hispaania kohtu otsust mitte täitmisele pöörata, sest Hispaania ei olnud otsuse tegemisel last ära kuulanud.¹⁷⁶ Lapse isa vaidlustas selle otsuse, misjärel pöördus Saksamaa ülalpool väljatoodud küsimustes Euroopa Kohtu poole. Saksamaa leidis, et kuigi tal ei ole pädevust tõendit ümber vaadata, siis olukorras, kus tegemist on eriti ränga fundamentaalsete inimõiguste rikkumisega, peaks olema võimalik näha ette teha erand.¹⁷⁷ Lisaks oli Saksamaa mures tõendi kehtivuse osas, sest see sisaldas endast ebaõiget deklaratsiooni, mis puudutas lapse ära kuulamist. Nimelt oli tõendi kohaselt Hispaania lapse ära kuulanud, kuigi Saksamaa hinnangul tehtud ei olnud.¹⁷⁸

Euroopa Kohus jõudis seisukohale, et otsus, mille kohta on määruse artikli 42 (2) alusel välja antud tõend, kuulub teises liikmesriigis automaatselt täitmisele ning teisel liikmesriigil ei ole mingit võimalust selle tunnustamata ja täitmisele pööramata jätmiseks.¹⁷⁹ Liikmesriik saab üksnes sellest juhinduda olenemata asjaoludest ning kõikvõimalikud küsimused seoses otsuse ja tõendi seaduslikkusega kuuluvad lahendamisele päritoluliikmesriigis.¹⁸⁰

Eeltoodust ilmneb, et Euroopa Kohus soovib säilitada Brüssel II *bis* määruse ranget tõlgendamist kõikidel juhtudel, nähtuvalt isegi siis, kui otsust tehes ja tõendist väljastades on rikutud lapse fundamentaalseid õiguseid. Euroopa Kohtu hinnangul on piisav, et asja on võimalik lahendada päritoluliikmesriigis, sest otsuste täitmise ja tunnustamise süsteem põhineb liikmesriikide vahel oleva vastastikkuse usalduse põhimõttel. Viimane eeldab, et liikmesriikide õigussüsteemid on võimelised tagama fundamentaalsete õiguste vajaliku ja efektiivse kaitse, mis on tunnustatud Euroopa Liidu tasemel.¹⁸¹ Seega tuleb kõik päritoluliikmesriigi poolt vastu võetud otsused vaidlustada ka päritoluliikmesriigis. Autori hinnangul ei pruugi selline lähenemine aga tagada lapse parimate huvide kaitset igas olukorras, mida kinnitab ka käesolev juhtum.

¹⁷⁵ Vt nt: *Povse v. Alpago* (viide 167); EK 11.07.2008, C-195/08 PPU, *Rinau*;

¹⁷⁶ *Zarraga* (viide 166) par 32;

¹⁷⁷ *Ibid.* par 34;

¹⁷⁸ *Ibid.* par 36;

¹⁷⁹ *Ibid.* par 48;

¹⁸⁰ *Ibid.* par 49;

¹⁸¹ *Ibid.* par 70;

Esiteks tekitab küsitavusi, kas on piisav toetuda üksnes vastastikkuse usalduse põhimõttele olukorras, kus päritoluliikmesriik on kord juba näidanud üles suutmatust tagada isiku fundamentaalsete õiguste kaitse ning kus lapse õiguseid on juba kord rikutud. Autori hinnangul seisnes Hispaania kohtu eksimus selles, et ta ei kuulanud last ära, kuigi ta oli pidanud seda vajalikuks. See tähendab, et Hispaania kohtu hinnangul oli laps piisavalt vana ja küps, et oma seisukohti ja arvamusi väljendada. Hispaania kohus asus seisukohale, et sellises vanuses last ei ole sobilik kuulata ära videokonverentsi vahendusel, kuid autori hinnangul ei põhjenda see kuidagi seda, miks Hispaania kohus ei otsinud seejärel muid võimalusi lapse ära kuulamiseks. Ka Euroopa Kohus on seisukohal, et päritoluliikmesriik peab alati niivõrd palju kui võimalik võtma otsuse tegemisel arvesse lapse parimaid huve, võtma seejuures tarvitusele kõik olemasolevad siseriiklikud ja rahvusvahelised meetmed ning vajadusel juhinduma ka meetmetest, mida näeb ette Euroopa Nõukogu (EÜ) määrus 1206/2001.¹⁸² Seega oleks vajadusel Hispaania saanud tõendite kogumisel juhinduda eeltoodud määrusest, mis võimaldab lapse ära kuulamiseks kasutada ka muid vahendeid. Autori hinnangul ei andnud Hispaania kohus seega lapsele piisavalt võimalusi saada ära kuulatud. Seega võib asuda seisukohale, et Hispaania kohtud väljastasid tõendi ebaseaduslikult, rikkudes sellega EIKi artiklit 6, mis on ühtlasi ka Euroopa Liidu õiguse üldprintsipiiks.¹⁸³ Samuti rikkus Hispaania kohus lapse õiguste konventsiooni artikliga 12 kaitstud õigust, mille kohaselt on lapsel õiguse teda puudutavates menetlustes saada ära kuulatud. Kusjuures lapse õiguste konventsioon on siduv kõikidele liidu liikmesriikidele ning Euroopa Kohus ise juhindub nendest põhimõtetest oma õiguse üldpõhimõtete kujundamisel.¹⁸⁴ Selle asemele otsustas Hispaania kohus aga anda isale ainuhooldusõiguse ning täitmistõendi ilma last ära kuulamata.

Kohtujurist Bot leidis, et Hispaania kohus oli õigustatud pidama piisavaks asjaolu, et Saksamaa oli lapse üle kuulanud ning Hispaania kohus võttis neid lapse seisukohti arvesse.¹⁸⁵ Autor pöörab tähelepanu, et Brüssel II *bis* määruse artikli 42 (2) kohaldamise eelduseks on, et:

- a) lapsele on antud võimalus ära kuulatud saada, välja arvatud juhul, kui tema vanuse või küpsusastme tõttu on ärakuulamist sobimatuks peetud;
- b) kõigile osapooltele on antud võimalus ära kuulatud saada ning

¹⁸² Ibid. par 67;

¹⁸³ Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid art 6(3);

¹⁸⁴ Case C-540/03 *parliament v Council* [2006] ECR I-5769, para 37;

¹⁸⁵ *Zarraga* (viide 1466), par 58, 59;

c) kohus on otsust tehes arvesse võtnud vastavalt Haagi konventsiooni artiklile 13 tehtud korralduse põhjuseid ja tõendeid.¹⁸⁶

Lapse ära kuulamata jätmine Brüssel II *bis* määruse regulatsiooni kohaselt peaks seega olema niivõrd oluline protsessiõiguse rikkumine, mis peaks olema lapse tagasitoomise tõendi väljastamata jätmise aluseks. Ka Euroopa Kohus on seisukohal, et päritoluliikmesriik peaks tõendi väljastama vaid juhul, kui lapsele on antud võimalus saada ära kuulatud.¹⁸⁷ Euroopa Kohus märgib, et tegemist on minimaalsete nõuetega, mis peavad vastava tõendi väljastamiseks olema täidetud, kuigi seejärel Euroopa Kohus märgib, et lapse ärakuulamisest ei saa teha vajalikku kohustust.¹⁸⁸ Samas viita Euroopa Kohus sellele, et laps oleks antud juhul olnud ärakuulamiseks liiga noor või ebaküps.

Kohtujurist Bot lisas, et Brüssel II *bis* määrusega on mindud kaugemale Haagi konventsioonist, sest see näeb ette pääsetee olukorras, kus päritoluliikmesriik ja lapse tagastamise nõude saanud liikmesriik võivad jõuda lapse parimate huvide hindamisel erinevatele järeldustele arvestades selle riigi fundamentaalseid õiguseid.¹⁸⁹ Professor P.R. Beaumont väidab aga, et sellise lähenemisega ei saa nõustuda, sest kui liikmesriik otsustab jätta lapse tagastamata Haagi konventsiooni artikli 20 alusel, siis ei oleks võimalik päritoluliikmesriigil kohaldada Brüssel II *bis* määruse artiklit 42.¹⁹⁰ Autori hinnangul on tegemist õige tähelepanekuga, sest Brüssel II *bis* määruse artiklis 42 (2) ettenähtud tõendi saab väljastada vaid juhul kui, kui laps otsustatakse jätta tagastamata Haagi konventsiooni artikli 13 alusel. Ka Euroopa Kohus ei nõustunud kohtujuristi arvamusega, kuid otseselt ei öelnud välja ka seda, et lapse ärakuulamise õigust on rikutud.¹⁹¹

Antud juhul oli lapse tagastamise keeldumise põhjuseks lapse tugev vastuseis ning seda kummastavam on Hispaania kohtu nõue lapse tagastamiseks, arvestades asjaolu, et Hispaania kohus võttis väidetavalt arvesse lapse poolt Saksamaa kohtule antud seisukohti, mille kohaselt laps keeldus kategooriliselt tagasipöördumisest. Nähtuvalt asjaolust, et Saksamaa otsustas lapse artikli 13 (2) alusel jätta tagastamata, pidi Saksamaa hinnangul laps olema piisavalt vana ja küps, et tema arvamusega arvestada. On keeruline ette kujutada, et Hispaania oleks võinud jõuda teisele seisukohale. Samas tegi Hispaania lapse suhtes hooldusõiguse otsuse ilma teda

¹⁸⁶ *Brüssel II bis määrus* (viide 35), art 42 (2);

¹⁸⁷ *Zarraga* (viide 166), par 52;

¹⁸⁸ *Ibid.* par 64;

¹⁸⁹ *Ibid.* par 76;

¹⁹⁰ L. Walker, P. R. Beaumont (viide 3) p 242;

¹⁹¹ *Zarraga* (viide 166) par 66;

ära kuulamata, samuti nõudis lapse tagastamist Brüssel II *bis* määruses ettenähtud protseduuri rikkudes ning lisaks sisaldas täitmistõend ka ebaõiget väidet. Autor leiab, et nendel põhjustel esinesid Hispaania menetluses mitmed minetused ning lapse õiguseid rikuti.

2.2.3 Võimalikud Euroopa Kohtu praktikast tulenevad ohud

Brüssel II *bis* määrusega artiklis 42 sätestatud õigust ei tohi kuritarvitada ning kui selles hakatakse nägema päritoluliikmesriigi nn viimase sõna õigust, mille alusel on alati võimalik teise liikmesriigi otsusest üle minna, võib alguse saada halb praktika, mille käigus võivad lapse õigused saada kahjustada. On oluline, et Brüssel II *bis* määruse artiklit 42 kohaldatakse kohalda üksnes põhjendatud juhtudel, kui päritoluliikmesriik on tagastamist nõudvat otsust tehes lapse ja teised menetlusosalised ära kuulanud ning teise liikmesriigi keeldumise otsuse aluseks olevaid põhjendusi ja tõendeid hinnates jõudnud järeldusele, et lapse tagastamine on lapse parimates huvides. Vastasel juhul kujuneks lapse tagastamisest automaatne menetlus, mis ei ole kooskõlas Haagi konventsiooni ega Brüssel II *bis* määruse aluseks oleva filosoofiaga.

Kui Brüssel II *bis* määruse artiklit 42 ei kohaldata hoolimalt ja ettevaatlikult, võib tekkida oht, et tagastamine muutub mehhaaniliseks. Viimane oleks kahetsusväärne, sest lapse õigused võivad saada selliselt kahjustada. On teatud olukorrad, kus lapse tagastamine ei ole lapse parimates huvides ning tagastamine võiks last hoopis täiendavalt kahjustada. Nendeks puhkudeks on Haagi konventsioonis ettenähtud erandid ning olukorras, kus erand lapse tagastamata jätmiseks kohaldub, ei ole õigustatud lapse tagastamist sellest hoolimata nõuda. Päritoluliikmesriik peab kõiki asjaolusid hoolikalt hinnates ja last võimalusel ära kuulates jõudma järeldusele, et kõiki asjaolusid kogumis hinnates on siiski lapse tagastamine lapse parimates huvides. Vastasel juhul muutuks Haagi konventsiooni artikkel 13 Euroopa Liidu siseselt sisutühjaks sätteks.

Eriti tekitab see ebaõiglust olukorras, kus riik on otsustanud jätta lapse tagastamata Haagi konventsiooni artikli 13 (2) alusel, kuid päritoluliikmesriik nõuab lapse tagastamist ilma, et ta oleks last ära kuulanud. Olukorras, kus laps on piisavalt vana ja küps, et tema arvamusega arvestada, on tema õigus saada ära kuulatud fundamentaalne õigus, mida kaitsevad mitmed rahvusvahelised konventsioonid, mis on siduvad kõikidele Euroopa Liidu liikmesriikidele. Autor mõonab, et kuigi liikmesriik ei tohiks Brüssel II *bis* määruse artikli 42 (2) kohaselt väljastada tõendit ilma, et lapsele oleks antud võimalus saada ära kuulatud, siis eelnevas

peatükis sai demonstreeritud, et selliseid asju juhtub. Kõik liikmesriigid ei pruugi tagada isikutele nende fundamentaalsete õiguste kaitset.

Üksnes vastastikkuse usalduse põhimõttele tuginemine ei pruugi seega olla piisav. Kui päritoluliikmesriigi kohus on juba kord näidanud üles soovimatust järgida menetluses lapse fundamentaalseid inimõiguseid ning tagada lapsele ja teistele asjaosalistele võimalus esitada kohtumenetluses sobival viisil tõendeid, on küsitav, kas otsust õnnestuks päritoluliikmesriigis vaidlustada ja seal ka oma õiguseid efektiivselt kaitsta. Näiteks *Zarraga* kaasuses demonstreeris Hispaania oma osavõtmast last ära kuulata muid vahendeid kasutades. See tähendab, et ta ei pruugi otsuse vaidlustamisel ka näidata üles valmidust tõendite kogumiseks. Analoogses olukorras nagu *Zarraga* kaasuse puhul kujunes, võib lapsel ja tema tagastamise vastu oleval vanemal olla seetõttu raske oma õiguseid päritoluliikmesriigis efektiivselt kaitsta.

Lisaks eelnevale nõuab täiendavate kaebuste esitamine aega, kuid sellistes tundlikes teemades on aeg kriitilise tähtsusega. Tarbetute kaebuste esitamine ei ole ilmselt ühegi osapoole huvides. Brüssel II *bis* näeb lapseröövide menetluses ette äärmiselt lühikese aja – 6 nädalaga kohustatakse menetlus lõpuni viia. Täiendavate kaebuste esitamine teeb võimatuks selles ajapiiris püsida. Menetluse kiirus on oluline ka selleks, et taastada lapse jaoks stabiilne keskkond. Kui laps viiakse ühest riigis teise ja tema tagastamise vahele jääb pikk aeg, siis võib ta olla juba uues elukeskkonnas kohanenud, mis tähendab, et tagasipöördumisel tuleb tal uuesti ümber kohaneda. See võib tekitada lapsele põhjendamatu palju kannatusi.

Samas, kui lapse tagastamist nõudev otsus ja tõend sisaldavad endas fundamentaalseid rikkumusi, siis on tõenäoline, et selline otsus vaidlustatakse. Tõenäoliselt viibib laps seni edasi liikmesriigis, kuhu ta viidi ning mida aeg edasi, seda vähem on tal sidemeid oma päritoluliikmesriigiga. Lõpuks võib riik, kuhu ta õigusvastaselt viidi olla kohasem ja õigem tema hooldusõiguse üle otsustama. Autori hinnangul näitab see ilmekalt, millised tagajärjed võivad täiendavate kaebuste esitamisel olla. Samas oleks võimalik selliseid kaebuste esitamisi vältida, kuid liikmesriigid kohaldaksid Brüssel II *bis* määrust ettevaatlikult. Ühtlasi peab autor tõenäoliseks, et kui isik on kõik edasikaebamisvõimalused ammendanud ja ei ole enda jaoks positiivset tulemust saavutanud, pöördub ta EIÕKohtu poole. Arvestades EIÕKohtu praktikat nendes küsimustes on tõenäoline, et EIÕKohus tuvastab EIKi artiklite 6 ja/või 8 kaitstud õiguste rikkumise, sest lapse parimate huvidega ei ole nõuetekohaselt arvestatud.

Euroopa Liidu siseselt lapseröövide menetlemise efektiivsuse eelduseks on vastastikkune usaldus. Nagu *Zarraga* kaasusest nähtus, siis ei pruugi riigid sellistes tundlikes teemades olla

altid sellest põhimõttest juhinduma. Autor peab võimalikuks, et kui päritoluliikmesriigid hakkavad liiga kergekäeliselt väljastama täitmistõendeid, võivad liikmeriigid hakata otsustama jätta lapsed tagastamata muudel Haagi konventsioonis ettenähtud alustel. Näiteks võiksid riigid hakata kohaldama lapse tagastamata jätmise alusena Haagi konventsiooni artiklit 20 põhjusel, et teises riigis ei tagataks lapsele õiglast kohtumenetlust.

Seda, et tagastamise nõue ei tohiks olla automaatne, vaid analüüsima peab põhjalikult teise riigi tagastamisest keeldumise asjaolusid ning et vastasel juhul hakkab EIÕKohus otsuseid ümber hindama, kinnitab EIÕKohtu otsus *Shneerson ja Campanella vs Itaalia*¹⁹² kaasuses. Enne kui asi jõudis EIÕKohtusse, oli asi menetluses ka Euroopa Komisjonis, kes ei leidnud, et Itaalia oleks rikkunud Brüssel II *bis* määrust ega ka Euroopa Liidu aluseks olevad üldised õigusnorme.¹⁹³ Kuna Euroopa Komisjon saab hinnata vaid protseduuri, mitte asja sisulist külge, sai Euroopa Komisjon anda hinnangu vaid Itaalia kohtute diskretsiooni puudutavate asjaolude osas. Euroopa Komisjon leidis, et Itaalia ei rikkunud ühtegi õigusinstrumenti, millele Läti oli vaidluses viidanud. Euroopa Komisjoni hinnangul ei viidanud miski sellele, et Brüssel II *bis* määruse kohaselt ei oleks Itaalia tohtinud jõuda Läti seisukohast vastupidisele seisukohale. Euroopa Komisjon märkis, et nn viimase sõna õigus on määruse kohaselt lapse päritoluriigil ning et hoopis Läti püüdlused keskenduda tagastamise küsimuse otsustamisel lapse olukorrale Lätis selle asemel, et keskenduda võimalikele tagajärgedele, mis võivad kaasneda, kui laps tagastatakse Itaaliasse, ei ole kohased. Kokkuvõttes Euroopa Komisjon ei tuvastanud, et lapse elu Itaalias isaga kujutaks lapse jaoks füüsilist või psühholoogilist kahju või asetaks ta muul viisil väljakannatamatusse olukorda.¹⁹⁴

EIÕKohus jõudis selles asjas aga võrdlemisi ootuspärasele tulemusele, arvestades EIÕKohtu viimase aja praktikat analoogsetes asjades. Nimelt leidis EIÕKohus, et lapse tagastamine teise lepinguosalise riigi kohtuotsuse alusel ei saa olla automaatne, vaid tuleb hinnata kõiki asjaolusid. EIÕKohus leidis, et Itaalia kohtud ei süvenenud avaldajate, eriti lapse, olukorda ega käsitlenud üldse Läti kohtute põhjendusi lapse mittetagastamiseks. Nii tõi EIÕKohus näiteks välja, et kohtud oleksid pidanud vajadusel tellima psühholoogi arvamuse selle kohta, millist mõju avaldaks tagastamine lapsele. Samuti heitis EIÕKohus ette, et Itaalia kohus ei kontrollinud üldse seda, kas lapse isa elukoht oleks üldse sobiv lapse kasvatamiseks. Ka lapse isa pakutud ning Itaalia kohtute kinnitatud lapse suhtlemiskord emaga, milleks oli üks kuu üle

¹⁹² EIKo 12.07.2009, 14737/0, *Šneerson ja Campanella vs Itaalia*;

¹⁹³ Ibid; p 40;

¹⁹⁴ Ibid;

kahe aasta, ei taganud mingil juhul lapsele vajalikku emotsionaalse sideme säilimist oma emaga. Nendel põhjustel EIÕKohus leidis, et Itaalia tegevuse näol oli tegemist EIKi artikli 8 riivega, sest ei arvestatud lapse parimate huvidega. EIÕKohus ausus seisukohale, et lapse tagastamine teise lepinguosalise riigi kohtuotsuse alusel ei saa olla automaatne, vaid tuleb hinnata kõiki asjaolusid.

2.3 EIÕKohtu ja Euroopa Kohtu praktikate omavahelistest erinevustest tulenevad ohud

On ilmne, et kaks Euroopa suurimat kohut liiguvad väga erinevates suundades, mis puudutab lapse parimate huvide kaitset lapseröövi menetluses. EIÕKohus ei arvesta kohtupraktikaga, mis on osalisriikide poolt pika aja vältel saavutatud ning rõhutab tagastamise otsustamise menetluses lapse parimate huvidega arvestamise vajalikkus ulatuses, mis on vajalik hooldusõiguse menetluses. Euroopa Kohus tugineb ainiti vastastikkuse usalduse põhimõttele ja seda isegi olukorras, kus tegemist on olnud ilmselge inimõiguste normi rikkumisega. Mõlemad lähenemised on äärmuslikud ning võivad omada lapse parimate huvide tagamisel ja Haagi konventsiooni eesmärkide täitmisel negatiivset mõju.

Autori hinnangul peaks lapseröövi menetlustes olema tasakaalustatud lähenemine. Ühest küljest peab lapseröövi menetluses juhinduma Haagi konventsiooni regulatsioonist ning pidama silmas eesmarke, miks see on ellu kutsutud. Vastasel juhul on oht, et Haagi konventsioon kaotab oma üldpreventiivse mõju. Samuti ei ole soovitatav, et lapse tagastamise menetlusest kujuneks hooldusõiguse menetlus. Küsimused, mis kuuluvad eelkõige hooldusõiguse menetlusesse, peavad reeglina tulema arutlusele selle käigus lapse hariliku viibimiskoha riigis. Vastasel juhul kujuneb olukord, kus lapse tulevikku puudutavate küsimuste üle hakkab otsustama kohus, kuhu laps on õigusvastaselt viidud ja millega tal üldjuhul puuduvad muud sidemed. Eelduslikult ei ole see lapse parimates huvides.

Teisalt ei tohi tagastamisel lapsi täiendavalt kahjustada, jättes nende õigustega arvestamata ning nõuda lapse tagastamist meelevaldselt olukorras, kus see ilmselgelt on lapse tahte vastane. On teatud olukorrad, kus lapse tagastamine ei ole selgelt tema huvides. Haagi konventsiooni koostajad võtsid seda arvesse ning nägid ette vajalikud erandid. See, et erandid on kitsalt koostatud ei tähenda, et neid üldse kasutama ei peaks. Kui mõni Haagi konventsiooni erand kohaldub, tuleb sellest ka juhinduda. Kui päritoluliikmesriik otsustab kasutada nn viimase sõna õigust, tuleb tal seda teha lapse õiguseid järgides. Olukorras, kus

selline otsus on tehtud lapse õiguseid rikkudes, tekitab tarbetult ebaõiglust ning põhjustab täiendavate kaebuste esitamist, mis lõpptulemusena ei ole lapse parimates huvides.

See, et Euroopa Kohus ja EIÕKohus on oma otsustes võtnud täiesti erineva suuna, teeb õige tasakaalu leidmise raskemaks. Seega ei tohiks kaks Euroopa suurimat kohut tegutseda üksteisest isoleeritult, eriti olukorras, kus Euroopa Liit on liitumas EIKiga, mis tähendab, et tulevikus alluvad kõik Euroopa Kohtu otsused EIÕKohtu järelevalve alla. Viimasele asjaolule on tähelepanu pööranud ka professor P. R. Beaumont, kes muuhulgas leiab, et kui Euroopa Kohus ei pööra piisavalt tähelepanu lapse fundamentaalsete õiguste kaitsmisele, samal ajal, kui EIÕKohus rõhutab lapse parimate huvide ülimuslikkust, on suur tõenäosus, et EIÕKohus hakkab Euroopa Kohtu otsuseid ümber vaatama.¹⁹⁵ Täiendavate kaebuste esitamine ja menetluste läbiviimine lapseröövi asjades ei ole soovitav. Pikale venivad menetlused ei ole kindlasti lapse ega kummagi vanema huvides, rääkimata võimalikest rahalistest kulutustest, mida kohtumenetlused endaga kaasa toovad. Oluline on leida õige tasakaal, kuidas Haagi konventsiooni kohaldada nii, et lapse parimad huvid oleksid kaitstud ja samal ajal oleks tagatud ka konventsiooni toimimine.

¹⁹⁵ L. Walker, P. R. Beaumont (viide 3), pp 248-249;

3. ÕIGE TASAKAALU SAAVUTAMISE VAJADUS NING VIISID LAPSE PARIMATE HUVIDE JA LAPSE TAGASTAMISE KOHUSTUSE VAHEL

3.1 Lapse parimate huvide kaitse juhul, kui lapserööviks on lapse peamine hooldaja

3.1.1 Lapse tagastamine, kui lapseröövik on lapse peamine hooldaja

Tänapäeva reaalsus on see, et enamasti panevad lapseröövi toime lapse peamised hooldajad, kelleks üldjuhul on emad. Emad tuginevad artiklile 13 1 (b) peamiselt kolmel põhjusel: 1) ohu allikas on lapse tagastamist nõudev vanem; 2) ohu allikas on lapse hariliku viibimiskoha riik ja 3) tagasipöördumine kujutaks ohtu lapseröövikule endale.¹⁹⁶ Arvestades asjaolu, et Haagi konventsiooni koostajad pidasid tüüpilise lapseröövikuna silmas lapsest lahus elavat ja temast võõrdunud vanemat, siis võiks loogiliselt järeldada, et Haagi konventsiooni koostajad lihtsalt ei arvestanud erandeid koostades tõsiasjaga, et lapserööve panevad toime lapse peamised hooldajad ning seega ei pruugi Haagi konventsioonis ettenähtud üldine tagastamise põhimõte tingimata lapse parimates huvides olla. Seega eelkõige nähakse lapse tagastamise ja lapse huvide vastuolu olukorras, kus lapse rööviks on tema peamine hooldaja.

Kui lapse röövib tema peamine hooldaja, kes keeldub lapsega tagasi pöördumast, on tegemist keerulise olukorraga. Lapse eraldamine oma peamiselt hooldajast võib kahtlemata põhjustada lapse jaoks psühholoogilisi kannatusi või asetada ta muul moel väljakannatamatusse olukorda. Ilmselt soovitakse, et kui lapse peamine hooldaja on olnud lapserööviks, siis pöörduks ta lapse tagastamisel tagasi koos lapsega. Kuigi ema ei saa kuidagi kohustada lapsega tagasi pöördumiseks, siis saab teda kohustada korraldama lapse tagastamist.¹⁹⁷ Reeglina tõlgendatakse ema keeldumist tagasi pöördumisest enda huvide esileseadmisenä lapse omadest ning osalisriigid ei ole seda lugenud piisavaks, et jätta laps artikkel 13 1 (b) alusel tagastamata.¹⁹⁸ Selline praktika on mõistlik, kuivõrd vastasel juhul saaksid lapseröövi toime pannud vanemad oma seadusevastasest teost ebaõiglaselt kasu. Emadel oleks võimalik seeläbi Haagi konventsiooniga endale meelepärasel viisil manipuleerida, mis kahjustaks jällegi Haagi

¹⁹⁶ R. Hüßtege. Article 13(1) b of the Hague Child Abduction Convention in the light of Judicial Practice. – Judges Newsletter, Vol 11, 2006, pp 37-41;

¹⁹⁷ Andrea Shulz (viide 31);

¹⁹⁸ A. Bucher. The New Swiss Federal Act on International Child Abduction. - Journal of Private International Law, 4, 2008, p 143;

konventsiooni poolt seatud eesmärkide saavutamist. Teiseks on oluline silmas pidada lapse parimaid huve, mitte lapse röövinud vanema omasid, seega ei peaks hindama seda, mis võiks olla lapse röövinud vanema jaoks selles olukorras sobivam.

Samas tuleb tõdeda, et ema keeldumine võib teatud juhtudel olla põhjendatud. Näiteks võiks üheks selliseks olukorraks olla, kui keeldumise põhjuseks on tagastamist taotlevas riigis valitsev sõjaolukord või näiteks ka epideemia oht.¹⁹⁹ See võiks asetada lapse ja ema otsese füüsilise ohu kätte ning sellisel juhul on tegemist objektiivse ja mõjuva põhjusega, mida üldjuhul on ka peetud piisavaks lapse tagastamata jätmise aluseks. Teiseks võib ema keeldumine olla põhjendatud mõne muu objektiivse asjaoluga nagu näiteks seaduslik takistus vajaliku elamisloa või viisa puudumise näol, või kui ema ähvardaksid tagasipöördumisel karistusõiguslikud sanktsioonid.²⁰⁰ Nendel põhjustel on ema keeldumine tagasipöördumisest põhjendatud, sest see ei ole tingitud pelgalt ema eelistustest või soovidest. Kui mõni põhjendatud asjaolu esineb ja ema keeldub tagasi pöördumast, tuleks hinnata, kas lapse tagasipöördumine ilma emata kujutaks endast artiklis 13 1 (b) ohtu või asetaks lapse muul viisil väljakannatamatusse olukorda.

See on raamistik, mille raames peab tagastamist otsustav kohus hindama lapse huve. Autor leiab, et õige on hinnata lapse tagastamise üle otsustamisel lapse lühiajalisi, kuid mitte kaugeleulatuvaid huve. Meeles peab pidama, et Haagi konventsiooni alusel algatatud menetluse raames otsustatakse vaid see, kus laps peab tema hooldusõiguse küsimuse lahendamisel viibima ning Haagi konventsiooni artikli 19 kohaselt ei takista Haagi konventsiooni alusel tehtud otsust hooldusõiguse otsustamist. Tegemist ei ole lõpliku lahendiga, seega asjaolu, milline oleks lapse hooldusõigust puudutav parim lahendus lapse jaoks tema tulevikku silmas pidades, ei ole küsimus, mida peaks tagastamist otsustav kohus hindama. Kui aga lapse lahutamine emast osutuks lapse jaoks kahjulikuks, põhjustades talle psühholoogilisi kannatusi või asetades ta muul viisil väljakannatamatusse olukorda, tuleks kohaldada Haagi konventsiooni artiklit 13 1 (b) ja jätta laps tagastamata. Loomulikult ei välista see lapse tagastamist teistel alustel, näiteks, kui laps on piisavalt vana, et isa oma arvamust ja seisukohti väljendada ning Haagi konventsiooni artikkel 13 (2) kohalduks.

¹⁹⁹ Erandite tõlgendamist on põhjalikumalt käsitletud käesoleva töö esimeses peatükis lk 15-22;

²⁰⁰ Osades riikides on lapserööv kriminaalkorras karistatav.

3.1.2 Täiendava võimaluse loomine lapse tagastamata jätmiseks, kui lapse peamine hooldaja keeldub tagasi pöördumast

Šveits on seisukohal, et lapse peaks jätma tagastamata ka juhul, kui tagastamine otseselt lapse jaoks ohtu ei kujutaks, kuid ei oleks sellegipoolest ilmselgelt lapse huvidega kooskõlas.²⁰¹ Šveits juhtis sellele 2008. aastal Haagi konverentsi kohtumisel tähelepanu ning tegi ettepaneku täiendada Haagi konventsiooni erandiga, mis lubaks jätta lapse tagastamata, kui lapse röövijaks on lapse peamine hooldaja, kui lapse tagastamine ei kujutaks endast otseselt ohtu, kuid ei oleks sellegipoolest lapse parimates huvides.²⁰²

Šveitsi uut seadusemuudatust käsitlenud professor A. Bucher juhib tähelepanu Haagi konventsiooni kohaldamise kolmele põhilisele puudusele, mis on tulnud ilmsiks Šveitsi praktika pinnalt. Nimelt, kui praktika aktsepteerib seda, et last ei tuleks tagastada, kui see tähendaks tema elama saatmist vanema juurde, kes on vägivaldne, siis tegelikkuses ei kontrollita seda, kuidas laps peaks tagasi pöörduma või millistes tingimustes ta peaks tagasipöördumisel elama asuma.²⁰³ Nimelt sisaldab tagastamise kohta tehtud otsus endas reeglina vaid kohustust laps tagastada, kuid selles ei määrata kindlaks elamistingimusi, milles laps peaks elama asuma juhul, kui ema pöördub lapsega tagasi või seda temast eeldatakse.²⁰⁴ A. Bucher leiab, et lapse parimaid huve võetakse seega arvesse vaid üldiselt, jättes arvestamata kaasuse üksikasju, mistõttu ei pöörata piisavalt tähelepanu sellele, kui palju võiks selline tagastamine tekitada kahju lapse vaimsele tervisele, mõjutada tema arengut või põhjustada trauma.²⁰⁵ Teiseks puuduseks peetakse vähest osalisriikidevahelist koostööd, kuigi konventsioon nõuab lapse turvalist tagastamist. A. Bucher toob välja, et Šveitsil on väga harva õnnestunud operatiivselt teiste riikide keskasutuste või võimuorganitega teha koostööd ning selline koostöö on jäänud tavaliselt üksikute juhtumite piiridesse.²⁰⁶ Kolmandaks leiab ta, et ebaõiglaselt ei võeta arvesse ema keeldumise põhjuseid tagasi pöördumiseks, vaid need lükatakse kõrvale automaatselt põhjusel, et lapseröövi toime pannud vanem võiks muidu oma õigusvastasest teost kasu kaasa. Samas ei uurita piisavalt, kas emal võiks tegelikult olla

²⁰¹ A. Bucher. (viide 199), pp146-155;

²⁰² Loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes [LF-EEA] [Federal Act on International Child Abduction and the Hague Conventions on the Protection of Children and of Adults], Dec. 21, 2007, feuille fédérale suisse [FF] 34 (2008). Tõlgitud inglise keelde :Ibid, pp 162-163, (edaspidi *New Swiss Act*);

²⁰³ Ibid. p 142;

²⁰⁴ Ibid;

²⁰⁵ Ibid;

²⁰⁶ Ibid;

tagasipöördumisest keeldumiseks objektiivsed asjaolud, mis võivadki teha ema pöördumise niivõrd raskeks. Näiteks kui ema on uues riigis abiellunud või tal on vaja hooldada mõnda lähisugulast.²⁰⁷

Šveitsi poolt väljapakutud erandi kohaselt võiks jätta lapse tagastamata, kui 1) lapse röövija on lapse peamine hooldaja ning 2) lapse tagastamine asetaks lapse „väljakannatamatusse olukorda“. Šveitsi määratlus „väljakannatamatust olukorrast“ sisaldas järgmiseid tingimusi: a) lapse tagastamine on ilmselgelt lapse parimate huvidega vastuolus ehk lapse huvides ei ole lapse tagastamist taotleva vanema juurde elama asumine, b) kui lapseröövi toime pannud vanem ei saa lapse päritoluriiki tagasi pöörduda ning seda ei ole temast mõistlik eeldada ning c) lapse huvides ei ole tema asetamine hoolekande asutusse.²⁰⁸

Šveits tõi olukorra tõsiduse ilmetamiseks välja mitmed erakordsed juhtumid,²⁰⁹ kuid tema ettepanek lükati tagasi peamiselt põhjusel, et arvati, et see oleks võimaldanud liiga laia tõlgendust, mis oleks võimaldanud jätta lapse tagastamata igakord, kui see ei ole lapse parimates huvides.²¹⁰ Autor leiab, et arvestades EIÕKohtu enda praktikat, võiks ta Šveitsi lähenemist pooldada. Autor leiab, et A. Bucher on juhtinud tähelepanu õigetele asjaoludele, kuid leiab, et selleks, et lapse parimate huvidega arvestada erakordsete juhtumite puhul, ei ole vaja Haagi konventsioonis näha ette lisa alust lapse tagastamata jätmiseks, mis võimaldab muuhulgas arvestada väga palju lapse röövinud vanema huvidega. Autor leiab, et lapse parimate huvide kaitseks piisab ka Haagi konventsioonis olemasolevate eranditest, kuid neid õigesti ja vajalikus olukorras kohaldada. Ühtlasi näeb autor Šveitsi ettepanekus ohte, mis võiksid Haagi konventsiooni eesmärkide saavutamist kahjustada.

Šveits on ülaltoodud põhimõtted inkorporeerinud oma siseriiklikusse õigusesse.²¹¹ Näiteks lubab see põhjendada emal oma keeldumist tagasi pöördumisest uues riigis loodud uute sidemetega, nagu näiteks lapse sünd või uue abielu sõlmimine.²¹² Tekitab küsitavusi, kas sellisel juhul hinnatakse ikkagi lapse parimaid huve? Pigem võetakse lapse tagastamise otsustamisel arvesse lapseröövi toime pannud vanema huve ja eelistusi ning tema kohanemist

²⁰⁷ Ibid. pp142-143;

²⁰⁸ Ibid. pp 162-163;

²⁰⁹ EIKo 22.06.2006, 7548/04, *Bianchi vs Šveits*;

²¹⁰ Report on the Fifth Meeting of the Special Commission to Review the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and the Practical Implementation of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, p 45, par 163 March 2007, (edaspidi *Fifth Meeting*);

²¹¹ *New Swiss Act* (viide);

²¹² A. Bucher (viide 199), p 143;

uues keskkonnas. Haagi konventsioon, aga näeb ette, et tagastamise otsustamisel hinnatakse seda, kuidas laps on uues keskkonnas kohanenud ning ka seda üksnes juhul, kui avaldus lapse esitamiseks esitati peale aasta möödumist. Autori hinnangul oleks tegemist lapseröövi toime pannud vanema huvide ebaõiglase eelistamisega lapse omadele. Kuigi lapse jaoks on kahtlemata kõige olulisem tema side oma peamise hooldajaga, tuleb arvestada, et kuskil on ka maha jäänud vanem, kellel on ka õigus oma lapse suhtes hooldusõiguse teostamiseks, vähemalt seni, kuni pädev kohus ei ole otsustanud teisiti. Lisaks on lapsel õigus säilitada kontakt oma mõlema vanemaga.

Isegi, kui lapseröövi on toime pannud lapse peamine hooldaja, ei tähenda, et sellel põhjusel on tema poolt lapse õigusvastane äraviimine käsitletav lapseröövina vaid selle tehnilises tähenduses. Loomulikult on lapseröövil lapse jaoks erinevad mõjud olenevalt sellest, kes teda röövib ning olukorras, kus lapse röövija on tema peamine hooldaja, ei pruugi lapse jaoks niivõrd kahjulikke mõjusid olla. Teisalt, nagu ülalpool sai välja toodud, on lapse huvides säilitada kontakt oma mõlema vanemaga ning üks vanem ei saa pidada enda õiguseid lapse suhtes olulisemateks. Seega omab lapserööv ka lapse peamise hooldaja poolt negatiivset mõju perekonnasuhete säilitamisele. Riikidel on tulenevalt EIKi artiklist 8 kohustus aidata kaasa perekonnasidemete säilitamisele ja taasloomisele, mitte eelistada vaid ühe vanema sidet lapsega. Loomulikult tuleb arvestada ka sellega, et tagastamist nõudev vanem, kelle tegelikuks eesmärgiks ei ole mitte hooldusõiguse taotlemine, vaid näiteks üksnes külastusõiguse tagamine, ei saaks lapseröövi tagajärjel ebaõiglaselt palju eeliseid. Autori hinnangul tuleb seda lapse tagastamisel hinnata ning silmas peab pidama ka seda, et tagastamise keskmeks on lapse huvid, mitte lapseröövi toime pannud või maha jäänud vanema omad. Kuigi ka vanemate huvi säilitada regulaarne kontakt oma lapsega ja osaleda tema kasvatamisel on õigus, mida tuleb kaitsta.

Hooldusõiguse küsimuse lahendamine lapse harilikus viibimiskoha riigis tagab selle, et lapse mõlema vanema jaoks on tagatud võrdsed võimalused hooldusõiguse menetluses osalemiseks ja seega tagatud efektiivne võimalus oma õiguste kaitseks. Nagu märgitud, on tagastamise menetluse algatamise eelduseks see, et maha jäänud vanem soovib oma lapse suhtes hooldusõigust teostada. Oleks ebaõiglane seetõttu asetada maha jäänud vanem oluliselt kehvemasse olukorda, kus tal tuleb abi otsida võõra riigi õigussüsteemist. Millegagi ei ole õigustatud see, et lapseröövi toime pannud vanem peaks olema paremas positsioonis, arvestades veel asjaoluga, et tema on see, kes õigusvastase teo algselt toime pani.

Olukorras, kus ema keeldumine tagasipöördumisest on põhjendatud ja asjakohane ning lapse isa ei suuda lapse eest hoolitseda, mistõttu peaks laps tagasi pöördumisel asuma elama kasuperre või lastekodusse, on autori hinnangul väga äärmuslik ning kindlasti tõlgendatav lapse jaoks väljakannatamatu olukorrana, mis on käsitletav lapse tagastamata jätmise alusena.²¹³ Autori hinnangul ei oleks Haagi konventsiooniga kooskõlas saata laps elama lastekodusse või kasuperre üksnes selleks, et otsustada tema hooldusõiguse küsimus. Haagi konventsioon näeb ette küll lapse viivitamatu tagastamise, kuid seda vaid siis, kui tagastamine ei kahjustaks last täiendavalt. Selleks et mõista, et eelkirjeldatud tingimustes lapse tagasi saatmine on väga äärmuslik ja ilmselgelt mitte lapse huvidega kooskõlas, ei ole autori hinnangul vaja Haagi konventsiooni erandiga täiendada, vaid selleks piisab ka kehtivast artikkel 13 1 (b) sõnastusest ja õigest kohaldamisest. Määravaks saab see, kas antud juhul on emal veenev põhjus tagasi pöördumisest keeldumiseks.

Asjaolu, et artikli 13 1 (b) sõnastus ei viita otseselt lapse parimatele huvidele, ei tähenda, et Haagi konventsioonis lapse parimate huvidega ei arvestata. Autor pöörab tähelepanu Haagi konventsiooni preambulale, mille kohaselt on osalisriikide veendumuse kohaselt lapse huvid hooldusõiguslikes küsimustes peamise tähtsusega. See küll ei tähenda, et lapse tagastamata jätmiseks piisaks lapse parimate huvide igasugusest riivest, näiteks ajutiste ebamugavuste tekitamisest. Autori hinnangul peaks lapse parimaid huve hindama lapsröövi kontekstis kahest vaatenurgast. Esiteks on lapse huvi säilitada kontakt oma mõlema vanemaga, mis tähendab, et lapsrööviga rikutakse tema õigust säilitada side maha jäänud vanemaga. Teiseks võib lapse tagastamine rikkuda lapse parimaid huve siis, kui tagastamine kujutaks lapsele füüsilisi või psühholoogilisi kannatusi või asetaks ta muul moel väljakannatamatusse olukorda. Tasakaal tuleks leida nende kahe huvi vahel lapse vaatenurka silmas pidades. Seega, kui lapse tagastamine tähendaks, et lapse peaks asuma elama vanema juurde, kes ilmselgelt ei suuda tema eest hoolt kanda või sunniks tagastamine teda elama lastekodus, siis oleks tagastamine ilmselgelt lapse jaoks kahjulik ning laps tuleb artikli 13 1 (b) alusel jätta tagastamata.

Oluline on ka silmas pidada seda, et lapse tagastamine ei ole lõplik. Lapse tagastamine ei tähenda, et laps määratakse elama maha jäänud vanema juurde. Tagastamise küsimus ei oma muud õiguslikku tähendust, kui üksnes seda, kus laps peab tema hooldusõiguse küsimuse lahendamisel viibima. Kui laps otsustatakse ka tagastada, ei tähenda see seda, et lapse

²¹³ Vt nt: Parliament of Western Australia, Legislative Assembly-Grievance, Russell Wood & Maya Wood-Hosig, 24.08.2006 (Mr. Dan Barron-Sullivan & Mr. David Templeman); Otsusest kokkuvõte: A. Bucher (viide 199), p 139.

peamine hooldaja ei võiks saada oma lapse suhtes hooldusõigust tulevikus ning asuda hiljem teise riiki elama. Tagastamine omab vaid ajutist tähendust ning lapse tulevikku puudutavad küsimused otsustakse alles peale tagastamise küsimuse lahendamist. Seega ei tuleks lapse tagastamise küsimusele omistada tähtsust, mida see ei oma.

3.2 Haagi konventsiooni kohaldamine koduvägivalla argumendi esitamisel

3.2.1 Tagastamist otsustava kohtu võimalused koduvägivalla süüdistuste väljaselgitamisel

Vanema vägivaldsus teise vanema ja ka lapse suunas on viimasel ajal üha enam kasutust leidev põhjus, miks lapse ema ise ei saa väidetavalt tagasi pöörduda ning miks oleks see kahjulik ka lapsele.²¹⁴ Leitakse, et Haagi konventsiooni erandid on ebapiisavad, et lapsi kaitsta, kui tagastamisele vastu vaidlemise põhjuseks on koduvägivald.²¹⁵ Autor leiab, et tegemist on tõsise probleemiga, mille olemasolu ja kriitilisust on ka osalisriigid tunnistanud.²¹⁶ Eelduslikult ei vaja põhjendamist, et lapse tagastamine koduvägivalla situatsiooni omaks lapse suhtes kahjulikku mõju. Seega on koduvägivalla argument kui tagasi pöördumisest keeldumise põhjus tõsine asjaolu ning kohtud ei tohiks seda eirata.

Olenemata sellest, et tegemist on tõsise asjaoluga, ei saa autori hinnangul last otsustada tagastamata jätta pelgalt ema seisukohtade pinnalt. See võimaldaks emadel jällegi seadusega endale meelepärasel viisil manipuleerida. Selles situatsioonis on autori hinnangul kaks võimalust: kas tagastamist otsustav kohus peaks hakkama läbi viima süüdistuste osas põhjalikku uurimust ning selle pinnalt tagastamise kohta otsuse langetama või peaks kohus välja selgitama, kas last ja ema on tagastamisel võimalik kaitsta ning üksnes siis, kui vägivalla ohtu ei ole võimalik kõrvaldada, tuleks jätta laps tagastamata. Käesoleva töö autor peab paremaks lahenduseks teise ettepaneku kohaldamist.

Autor pooldab kaitsemeetmete kohaldamist koduvägivalla süüdistuste põhjalikule väljaselgitamisele esiteks seetõttu, et teise riigi võimalused sellise uurimise läbiviimiseks ei pruugi eriti efektiivsed olla. Kohus ei saaks jätta last tagastamata üksnes ema sellekohaste

²¹⁴ Special Commission on the Practical Operation of the 1980 nd 1996 Hague Conventions, Conclusions & Recommendations of the Sixth Meeting of the Special Commission (Part II - January 2012) (edaspidi *Sixth Meeting*); Vt nt: M. H. Weiner. International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence. - Fordham Law Review, 69, 2004, p593;

²¹⁵ C. S. Bruch. The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Convention Cases. - Family Law Quarterly, 2004, 38:3, p 529, pp 532–35;

²¹⁶ *Sixth Meeting* (viide 215);

väidete alusel ning kohus peaks välja selgitama, kas mahajäänud vanem on vägivaldne ning kas lapse tagastamisel oleks oht, et laps satub koduvägivalla situatsiooni. Selle väljaselgitamine võib olla keeruline, sest teise riigi kohtu võimalused tõendite kogumiseks ja osapoolte ära kuulamiseks ei pruugi olla piisavad. Ühtlasi ei ole tagastamist otsustava kohtu eesmärgiks menetlus, kus pooled hakkavad esitama omapoolseid argumente. Selline menetlus oleks ka tõenäoliselt võrdlemisi aeganõudev, samas kui Haagi konventsioon eesmärgiks on võimalikult kiire ja efektiivne menetlus. Autor möönab, et selles osas oleks abiks, kui riikide keskasutustel ja kohtunikud teeksid koostööd. Lapse hariliku viibimiskoha kohus võiks abistada teise riigi kohtunikku tõendite ja muu vajalike hankimisel. Kuigi osalisriikide vaheline koostöö on valdkond, mida tuleks edendada ja soosida, siis olenemata sellest, et ole tagastamist otsustava kohtu roll hakata analüüsima asjaolusid, mida on vajalik analüüsida hooldusõiguse menetluses.

Autor leiab, et isa vägivaldsus on kahtlemata argument, mida tuleb kaaluda lapse hooldusõiguse ja tuleviku elukorralduse, kuid see on asjaolu, mida peaks lahendama ja otsustama lapse hariliku viibimiskoha kohus. Isa, kes on vägivaldne, ei pruugi tekitada küll kaastunnet, kuid ka temal on õigus õiglasele menetlusele ning õigus oma lapse suhtes teostada hooldusõigust seni, kuni pädev kohus ei ole otsustanud teisiti. Kui isa peaks hakkama sisuliselt hooldusõiguse menetlust lahendama võõras riigis, asetaks see tema võrreldes teise vanemaga ebaõiglasele kehvemasse olukorda. Kuigi ema oli see, kes lapsega õigusvastaselt teise riiki läks. Seega kõikide asjaosaliste suhtes selline lahendus õiglane ei oleks.

Ühtlasi tuleb silmas pidada, et lapse tagastamine, ei tähenda tingimata lapse tagastamist maha jäänud vanemale. Lapse emal on võimalik lapsega koos tagasi pöörduda, kui tal sellest keeldumiseks ei ole objektiivseid põhjuseid nagu ülal sai välja toodud. Seega kahjulik mõju ei pruugi tuleneda tagastamise faktist endast, vaid pigem sellest, kui laps jäetakse omapead isaga, kelle suhtes on oht, et ta on lapse suhtes vägivaldne.²¹⁷ Sellist olukorda on võimalik aga asjakohaste kaitsemeetmetega ära hoida ning ka ema on võimalik kaitsemeetmetega kaitsta. Autor leiab, et Haagi konventsiooni võiks täiendada lisaprotokolliga, mis sellised kaitsemeetmed ette näeb ja nende kaitsemeetmete kohaldamise ka tagab.

²¹⁷ Nt vt: *Re M.* (Abduction: Acquiescence) [1996] 1 FLR 315; *Madden v Hofmann*, [1994] NZFLR 825;

3.2.2 Kaitsemeetmete kohaldamine lapse ja ema turvalisuse tagamiseks nende tagasipöördumisel lapse harilikku viibimiskoha riiki

Olukorras, kus last ja ema ähvardab koduvägivalla oht, peaks kohus esmalt välja selgitama, kui aktuaalne vägivalla ohu esinemine on. Selleks peaks kohus teatud määral koguma tõendeid, mille kogumiseks peaks autori hinnangul seadma ka ajalised piirid, et tagastamismenetluse kiirus ei saaks kannatada. Selles osas oleks samuti suureks abiks osalisriikide keskautuste või kohtunike koostöö.

Kui kohus on välja selgitanud, kas oht esineb ning kui tõsine see on, peaks kohus järgnevalt välja selgitama, kas selle ohu kõrvaldamiseks on olemas lapse harilikus viibimiskoha riigis tõhusaid meetmeid. Kui vastus eelnevale on jaatav, peaks kohus nõudma nende kaitsemeetmete rakendamist lapse ja ema tagasipöördumisel. See, millised kaitsemeetmed igal üksikul juhul on vajalikud, peaks kohus kaasuse tehiolusid iga kord arvestades eraldi hindama. Kaitsemeetmed peaksid kaitsma ka ema tema tagasipöördumisel ning võiksid olla rakendatavad ka juhtudel, kui esineb oht, et ema suhtes esitataks kriminaalsüüdistused ja kohaldatakse sanktsioone. Kui kaitsemeetmed tagaksid ema turvalisuse, siis oleks emal enamasti võimalik pöörduda lapsega lapse hariliku viibimiskoha riiki, et lõplik hooldusõiguse küsimuse seal ära lahendada. Kaitsemeetmete olemasolu ja nende rakendamine võimaldaks lapse ja ema tagasipöördumise ka juhul, kui nende tagasipöördumisel võiks nende turvalisuse ja heaolu suhtes mingi oht esineda. Lapse turvalist tagasipöördumist nõuab ka Haagi konventsioon.

Oluline on, et need kaitsemeetmed peavad olema täitmisele pööratud lapse ja ema naasmisel. See tähendab, et üksnes teadmisest, et teine riik suudaks last ja ema kaitsta, ei piisa. Tagastamist otsustaval kohtul peab olema kindel veendumus, et lapse tagasipöördumisel need meetmed ka efektiivselt rakenduvad. Kaitsemeetmeid kohustab kasutama Euroopa Liidu raames ka Brüssel II *bis* määrus ning tulenevalt Brüssel II *bis* määruse sõnastusest on äärmiselt oluline, et need kaitsemeetmed ka tegelikult täitmisele pööratakse, kasvõi lühiajaliselt. See tähendab, et ei piisa vaid konstateerimisest, et lapse ja ema kaitsmiseks on teisel riigil olemas võimalused, vaid tuleb tagada ka konkreetset kaitsemeetmete tegelik täitmisele pööramine lapse ja ema naasmisel. Sellisel juhul oleks ema ja lapse tagasipöördumine turvaline ning samal aja ei saaks kannatada Haagi konventsiooni eesmärkide saavutamise tõhusus.

Autor mõnab, et Haagi konventsiooni osalisriigid on liitumisega tunnustanud üksteise õigussüsteeme ning seega tunnustanud seda, et teine osalisriik suudab lapse tagasipöördumisel tagada lapse turvalisuse ning seega võidaks kaitsemeetmete kohaldamist tõlgendada kui usaldamatuse avaldamist teise riigi õigussüsteemi suhtes. See argument on autori hinnangul siiski teisejärguline, kui vastandada seda lapse parimatele huvidele või lapseröövi toime pannud vanema turvalisusele. Kuna esiplaanil on siiski lapse parimad huvid ja turvalisuse tagamine, ei peaks vajalike kaitsemeetmete olemasolu ja nende tegeliku kohaldamise nõudmist käsitlema kui usaldamatuse avaldamist teise riigi õigussüsteemi suhtes. Autori hinnangul oleks ühest küljest tegemist Haagi konventsiooni eesmärgi täitmist toetava vahendiga ja teisest küljest tagaks see ka lapse parimate huvide kaitse.

Vajalike kaitsemeetmete puudumisel peab kohus tegema endast parima, et asjas jõuda võimalikult adekvaatsele seisukohale ning olukorras, kus lapse tagastamine kujutaks endast tõsist ohtu, jätma lapse tingimata tagastamata. Seega, kui kohus leiab, et last ei ole võimalik teises riigis kaitsta ning maha jäänud vanem kujutaks lapse jaoks ohtu, tuleb laps jätta tagastamata. Asjaolu, et erandid on kitsalt konstrueeritud, ei tähenda, et neid üldse ei peaks kasutama ning kui lapse tagastamine kahjustaks last täiendavalt, ei tohiks seda teha. Erandeid tuleb kohaldada nendel juhtudel, milleks nad on ettenähtud, st olukorras, kus lapse tagastamine kujutaks endast lapse jaoks reaalselt ohtu, mida kaitsemeetmetega ei ole võimalik kõrvaldada.

Kokkuvõttes loovad Haagi konventsiooni poolt kehtestatud õiguslik raamistik ja erandid sobiva kooskõla lapse parimate huvide kaitseks, eeldusel, et seda tasakaalustatult kohaldatakse, kuigi seda võiks lisaprotokolliga täiendada, mis vajadusel last ja ema nende tagasi pöördumisel kaitseksid. Viimane tagaks ka selle, et mõlemal vanemal on võrdsed võimalused kohtumenetluses osaleda ja oma õigused kaitsta. Samuti võimaldaks see lapse hooldusõiguse küsimust lahendada lapse harilikus viibimiskoha riigis, mis on eelduslikult lapse parimates huvides ja teeb eelduslikult lapse suhtes kõige õigema otsuse. Parim viis kaitsta kõigi osapoolte perekonnaõiguseid rahvusvahelistes lapseröövi asjades on seega läbi tasakaalustatud Haagi konventsiooni kohaldamine. Haagi konventsiooni eesmärk on tagada laste viivitamatu tagastamine nende hariliku viibimiskoha riiki, kui see toimub operatiivselt ning kui vajadusel on tagatud lapse ja ema turvalisus ja heaolu, siis üldjuhul on nii lapse kui mahajäänud vanema õigused kaitstud. Hariliku viibimiskoha kohus saab seejärel teha otsuse lapse hooldusõiguse ja külastusõiguse osas, mis tervikuna on terve perekonna huvides.

3.3 Lapse parimate huvide kaitse ja liikmesriikide vastastikkuse usalduse põhimõte

Euroopa Liidu raames on selgelt eelis antud lapse päritoluliikmesriigile. Brüssel II *bis* määruse artikkel 42 võimaldab päritoluliikmesriigil kasutada nn viimase sõna õigust, mille tulemusena peab lapse tagastama olenemata sellest, et teine liikmesriik on otsustanud lapse jätta Haagi konventsiooni artikli 13 alusel tagastamata, kusjuures selline otsus täidetakse ja tunnustatakse ilma täitmisotsuseta. Käesoleva töö teises peatükis toodi välja, et Euroopa Kohus peab liikmesriikide vastastikkuse usalduse põhimõtet piisavaks, et tagada lapse parimate huvide kaitse juhul, kui päritoluliikmesriik on seda tehes lapse õiguseid rikkunud. Euroopa Kohus leiab, et kõiki otsuseid on võimalik vaidlustada ja õiguseid kaitsta päritoluliikmesriigis, mislähbi on ka lapse parimaid huvid piisavalt kaitstud.²¹⁸

Kuna Haagi konventsiooni pika ajaloo vältel oldi saavutatud enamjaolt ühte praktika, siis näiteks professor P.R Beaumont on esitanud küsimuse, kas Brüssel II *bis* määruse artikliga 42 ei ole päritoluliikmesriigile antud õigus täitmistõendi väljastamiseks oli ikka vajalik. Professor P.R Beaumont leiab, et sellega on Euroopa Liidu siseselt lisandunud uus võimalus nõuda lapse tagastamist ka olukorras, kus üksnes Haagi konventsiooni kohaldamisel lõppeks asi lapse tagastamata jätmisega. Professor P.R Beaumont viitab sellele, et sellise uue dimensiooni lisamine avab tee täiendavate kaebuste esitamiseks, samuti võimaluse esitada kaebuseid EIÕKohtusse lapse parimate huvide kaitsmiseks. Ka autor nõustub, et seda ei saa pidada positiivseks arenguks, sest lapseröövi asjades on lapse tagastamise küsimus vaja lahendada efektiivselt.

Autori leiab, et selleks, et vastastikkuse usalduse põhimõte toimiks ning lapse parimaid huvid ei saaks kahjustada on oluline, et päritoluliikmesriigid kohaldaksid Brüssel II *bis* määruse artiklit 42 selleks ettenähtud protseduuri järgides. Kui päritoluliikmesriik selles ebaõnnestub, siis ei pruugi teine liikmesriik olla valmis üksnes vastastikkuse usalduse põhimõttele tuginedes seda otsust tunnustama ja täitma, mis tähendab, et süsteem ei pruugi efektiivselt toimida. Lapsele põhjustab tema õiguste rikkumine loomulikult ebaõiglust ning on arusaadav, et lapse suhtes ei ole õiglane, et otsust tuleb vaidlustada päritoluliikmesriigis, kes otsust tehes on kord juba tema õiguseid rikkunud. Sellest, et päritoluliikmesriigi poolt tehtud lapse tagastamist nõudev otsus tuleb ka selle riigi kohtus vaidlustada, võib aru saada liikmesriikide

²¹⁸ Zarraga (viide 166);

vastastikkuse usalduse põhimõtte vaatevinklist, kuid fundamentaalsed inimõigused on õiguseallikate hierarhias olulisemad.

Päritoluliikmesriik peab sellise tõendi väljastamisel juhinduma rangelt seadustest ning selleks tuleb lapse ärakuulamiseks kasutada kõiki võimalikke vahendeid ja viise. Lapse õigusesse saada ära kuulatud tuleb suhtuda tõsiselt, sest tegemist on lapse fundamentaalse õigusega. Seega olukorras, kus laps on piisavalt vana ja küps, et tema arvamusega arvestada, tuleb riigil leida võimalus lapse ära kuulamiseks.²¹⁹ Kui riigil ei ole võimalik last vahetult üle kuulata, tuleb selleks kasutada muid mooduseid, juhindudes näiteks Euroopa Nõukogu (EÜ) määrusest 1206/2001, mis reguleerib kohtute vahelise koostöö kohta tõendite kogumisel tsiviil- ja kaubandusajades.

Teiseks peab kohus hindama ja kaaluma kõiki tõendeid ja asjaolusid, mis olid põhjuseks teises liikmesriigis lapse tagastamata jätmiseks. See tähendab, et kohus ei saa nn viimase sõna kasutamist jõupositsioonil ära kasutada, vaid ta võib vastava täitmistõendi välja anda vaid juhul, kui ta kõiki neid asjaolusid arvestades endiselt leiab, et lapse tagastamist tuleks nõuda. Vastupidisel juhul võib tekkida oht, et tagastamise nõudmine muutub mehhaaniliseks ning Haagi konventsiooni artikkel 13 muutub sisutuks sätteks. See oleks äärmiselt kahjulik, kuivõrd erandid lapse tagastamata jätmiseks on teatud olukordades vajalikud ning nende eiramine võiks last täiendavat kahjustada.

Seega, kui liikmesriigid hakkavad tulevikus Brüssel II *bis* määruse artiklit 42 kohaldama ilma põhjaliku tõendite ja asjaolude hindamiseta, hakatakse tulevikus pöörduma ilmselt aina rohkem EIÕKohtu poole nagu näiteks see juhtus *Šneersone ja Kampanelle* asjas. EIÕKohtu seisukoht nendes küsimuses on selgelt lapse huvide keskne ning ilmselt tuvastaks sellistel puhkudel riigi poole EIKi artikli 6 ja/või 8 rikkumine. Seega on oluline, et liikmesriigid sellistes tundlikes asjades, mis puudutavad inimõiguseid, kohaldaksid määrust inimõigustega kooskõlas.

Professor P. R. Beaumont leiab, et sellistel puhkudel, kui otsuse tegemisel on rikutud ilmselgelt Euroopa Liidu õiguse aluseks olevad üldiseid õigusprintsipe, milleks fundamentaalseid õigused on, ning kui otsus sisaldab endas ilmselgelt ebaõigeid asjaolusid, siis peaks leidma mooduse, kuidas liikmesriigil ei tuleks sellist otsust tunnustada ja täitmisele

²¹⁹ Inglismaa on näiteks pidanud võimalikuks ära kuulata 6 ja 8 aasta vanused lapsed. Vt: Re W (Minors) 2010 EWCA Civ 520;

pöörata.²²⁰ Autor nõustub eelnevaga, sest inimõigused on olulisemad, kui liidusesised õigusaktid ning seetõttu tuleb neid eelistada range määruse sõnastuse järgimisele. Sellise ebaõigluse võiks ära hoida, kui teisel liikmesriigil oleks piiratud ulatuses ülalkirjeldatud olukorras võimalik päritoluliikmesriigi otsus täitmisest ja tunnustamisest keelduda.

²²⁰ L. Walker, P. R. Beaumont (viide 3), p 248;

KOKKUVÕTE

Haagi konventsiooni tugevuseks on selle ühtne tõlgendamine, kuivõrd sellest sõltub konventsiooni eesmärkide täitmine, tõhusus ja toime. Pika aja jooksul on osalisriigid loonud ühtse kohtupraktika lapseröövi asjadega tegelemisel ning enamuse osalisriigid on lapse tagastamise otsustamisel saavutanud õige tasakaalu. Viimase aja EIÕKohtu ja Euroopa Kohtu praktika on aga seda tasakaalu paigast nihutanud.

Töö koostamisel püstitas käesoleva töö autor kaks hüpoteesi: EIÕKohtu praktika ja Euroopa Kohtu praktika erinevad lähenemised lapseröövi asjades omada nii eraldi võetuna kui koos negatiivset mõju lapse parimate huvide kaitsmisele, kahjustades samaaegselt ka Haagi konventsiooni eesmärkide saavutamist. Kui esimene hüpotees leiab kinnitust, siis peaks Haagi konventsiooni tasakaalustatud kohaldamine tagama selle, et rahvusvahelistes lapseröövi asjades tagatakse lapse parimate huvide kaitse ning ühtlasi oleks tagatud Haagi konventsiooni eesmärkide saavutamine.

Töö eesmärgist tulenevalt on käsitletud lapse parimate huvide ning Haagi konventsioonis ja Brüssel II *bis* määruse võimalikku vastuolu ning hinnatud võimalikke viise nende vastuolude ületamiseks. Töös tehtud järeldusteni ja ettepanekuteni on autor jõudnud eelkõige tänu teiste autorite töödele, kohtupraktika ja õigusnormide analüüsile.

Esimeses peatükis on käsitletud lapse parimate huvide mõistet ja püütud seda sisustada läbi erinevate inimõiguseid, seal hulgas lapse õiguseid, reguleerivate instrumentide. Seejärel tuuakse välja võimalik lapse parimate huvide ja Haagi konventsiooni vaheline vastolu, mis seisneb selles, et lapse parimate huvidega ei ole võimalik tulenevalt Haagi konventsioonis ettenähtud tagastamise kohustust arvestada täies mahus.

Töö teises peatükis analüüsitakse kahe Euroopa suurima kohtu praktikat lapse parimate huvide käsitlest rahvusvaheliste lapseröövide menetlustes. Eraldi võeti vaatluse alla EIÕKohtu praktika ning autor jõudis järeldusele, et EIÕKohus on hakanud rõhutama riigi kohustust viia lapse tagastamise otsustamisel läbi lapse parimaid huve hõlmav süvaanalüüs, mis autori hinnangul on uus suund. Autor jõuab erinevaid kohtulahendeid analüüsides järeldusele, et sellise süvaanalüüsi läbiviimise nõue ei ole kooskõlas Haagi konventsiooniga ning võib ohustada Haagi konventsiooni eesmärkide saavutamist. Autor leiab, et lapse parimaid huve tuleb hinnata lapse hooldusõiguse määramise menetluses lapse harilikus

viibimiskoha riigis, sest just selle riigi kohus on lapse parimate huvide hindamiseks kõige adekvaatsem. Autor jõudis järeldusele, et kui lapse tagastamise üle otsustavad riigid peavad lapse tagastamise küsimuse lahendamisel viima läbi sisuliselt hooldusõiguse küsimust, tähendab see seda, et lapse õigusvastaselt äraviinud vanem saavutab läbi oma õigusvastase teo endale meelepärase olukorra. Võimalus foorumijahiks peaks nendes küsimustes olema aga viidud miinimumini, mistõttu võib EIÕKohtu praktika kahjustada lapseröövide ennetamist.

Eraldi võetakse vaatluse alla Euroopa Kohtu praktika lapse huvidega arvestamisest lapseröövi menetlustest ning võimalikest ohtudest, mida Brüssel II *bis* määruse artikli 42 ebaõige kohaldamine endaga kaasa võib tuua. Analüüsi tulemusel jõuti seisukohale, et kui päritoluliikmesriigid hakkavad nendele määrusega antud nn viimase sõna õigust kohaldama jõupositsioonilt ning ilma põhjalikku tõendite hindamiseta, võib Haagi konventsiooni artikkel 13 muutuda sisutühjaks sätteks. Selle tulemusena võivad saada lapse parimaid huvid kahjustada. Ühtlasi ei pruugi olla piisav lapse parimate huvide kaitsmisel tugineda üksnes liikmesriikide vastastikkuse usalduse põhimõttele, kuivõrd olukorras, kus isikul tuleb tema fundamentaalseid õiguseid rikkunud otsus vaidlustada riigis, kes on kord näidanud üles suutmatust tagada isiku õigustele kaitset, on kaheldav, kas tal on selle riigi kohtus võimalik oma õigusi efektiivselt kaitsta.

Analüüsiti ka ohte, mis võivad tuleneda kahe Euroopa suurima kohtu erinevustest ning jõuti järeldusele, et asjaolu, et kaks suurimat Euroopa kohut liiguvad lapseröövi asjades niivõrd erinevates suundades võimaldab tulevikus täiendavate kaebuste esitamist. Viimane ei ole soovitatav, sest pikale venivad menetlused ei ole lapse ega kummagi vanema huvides, rääkimata võimalikest rahalistest kulutustest, mida kohtumenetlused endaga kaasa toovad. Eriti aktuaalne on see olukorras, kus Euroopa Liit on liitumas Euroopa inimõiguste konventsiooniga, mis tähendab, et Euroopa Kohtu otsused kuuluvad tulevikus EIÕKohtu järelevalve alla.

Kolmandas peatükis käsitleti erinevaid vahendeid ja viise saavutamaks lapse parimate huvide ja lapse tagastamise kohustuse vahel õige tasakaal selliselt, et lapse huvid oleksid kaitstud ning samas ei saaks kahjustada ka Haagi konventsiooni ennetav toime.

Kuivõrd tänapäeval panevad lapserööve toime lapse peamised hooldajad, millega Haagi konventsiooni koostamisel ajal ei arvestatud, siis ollakse seisukohal, et laste parimate huvide kaitseks on vajalik täiendada Haagi konventsiooni erandiga, mis võimaldaks jätta lapsed rohkematel juhtudel tagastamata. Autor analüüsis sellise võimaluse positiivseid ja

negatiivseid aspekte ning leidis, et sellise täiendava aluse ettenägemine ei ole vajalik ning lapse parimaid huve on võimalik kaitsta ka olemasolevate eranditega, kui neid õigesti ja tasakaalustatult kohaldada. Autor mõõnis, et kui lapseröövi toime pannud lapse peamine hooldaja ei soovi või ei saa koos lapsega tagasi pöörduda, on keeruline olukord, sest võib lapsele psühholoogilist kahju tekitada. Samas annaks täiendava erandi lisamine võimaluse lapse röövinud vanemal põhjendada oma keeldumist tagasipöördumisest oma uues riigid loodud sidemetega. See oleks autori hinnangul lapse röövinud vanema õiguste eelistamisega lapse ja maha jäänud vanema omale. Ühtlasi on eelduslikult lapse huvides, et tema hooldusõiguse üle otsustab tema hariliku viibimiskoha riik, kellel on lapse parimate huvide kindlaks määramiseks kõige vahetum ligipääs vajalikule informatsioonile. Samuti on harilik viibimiskoha riik lapsele kõige enam lähedane kultuurilise ja sotsiaalse tausta poolest.

Teisest küljest võimaldavad olemasolevad erandid jätta lapse tagastamata erakordsetel juhtudel, kui lapse tagastamine ilmselgelt last kahjustaks. Autori hinnangul ei tähenda lapse tagastamine automaatselt lapse tagastamist mahajäänud vanemale, sest lapse röövinud vanemal on alati võimalus lapsega koos tagasi pöörduda. Kui lapse röövinud vanem ei saa tagasi pöörduda objektiivsetel asjaoludel nagu näiteks vajaliku elamisloa või viisa puudumine või kui teda ähvardaks tagasipöördumisel sanktsioonide kohaldamine, võib vanema keeldumine tagasi pöördumisest olla õigustatud. Seejärel tuleb hinnata, kas lapse eraldamine emast võiks lapsele kannatusi tekitada. Näiteks ei pea autor õigeks lapse tagastamist olukorras, kus maha jäänud vanem ilmselgelt ei suuda või ei saa lapse eest hoolt kanda ning lapsel tuleks selletõttu asuda elama lastekodusse või kasuperre üksnes hooldusõiguse määramiseks. Autor leiab, et käesolevad erandid võimaldavad jätta lapse tagastamata, kui lapse tagastamine last täiendavalt kahjustaks.

Eraldi vaadeldi lapse tagastamise küsimusi koduvägivalla süüdistuste esitamisel. Autor jõudis analüüsi tulemusena järelduseni, et sellises olukorras on kohtul kaks võimalust – teha endast parim, et välja selgitada süüdistuste asjakohasus ning langetada selle pinnalt lapse tagastamise otsus või suunata tähelepanu võimalike kaitsemeetmete kohaldamisel ohu eksisteerimisel. Autor on seisukohal, et parem viis lapse huvide kaitsmiseks ning ühtlasi Haagi konventsiooni tõhusa toimimise tagamiseks on kaitsemeetmete kohaldamine. Seetõttu leiab autor, et Haagi konventsiooni võiks täiendada lisaprotokolliga, mis vajadusel kaitseks last ja ema nende tagasipöördumisel lapse hariliku viibimiskoha riiki. Autor peab vajalikuks, et kaitsemeetmed peavad oleva asjakohased ja ka tegelikult täitmisele pööratud lapse ja ema naasmisel. Lisaks võiks protokoll kaitsta ka ema, tagades talle riiki vabalt sisenemise ja sealt lahkumise

võimaluse. Kui vajalikke kaitsemeetmeid teises riigis ei ole, tuleks kohtul jõuda süüdistuste osas võimalikult objektiivsele seisukohale ning vajadusel jätta laps tagastamata.

Viimaks toodi välja Euroopa Liidu liikmesriikide kohustus Brüssel II *bis* art 42 määruse kohaldamisel järgida lapse parimaid huve, rõhutades eriliselt vajadust arvestada lapse õigusega saada ära kuulatud. Autor möönis, et võimalik, et ebaõiglust, mis võib tekitada olukord, kus riik peab täitmisele pöörama päritoluliikmesriigi otsuse, mis sisaldab endast fundamentaalsete õiguste rikkumisi, oleks võimalik vältida, kui liikmesriigile nähtaks ette piiratud võimalus sellises olukorras jätta otsus täitmata. Arvestades kõnesoleva küsimuse keerukust ja magistrیتöö piiratud mahtu ei olnud autoril võimalik seda küsimust põhjalikumalt käsitleda.

Käesoleva töö autor leidis, et Haagi konventsiooni poolt kehtestatud õiguslik raamistik ja erandid loovad sobiva koostööla lapse parimate huvide kaitseks, eeldusel, et seda tasakaalustatult kohaldatakse, kuigi seda võiks lisaprotokolliga täiendada, mis vajadusel last ja ema nende tagasi pöördumisel kaitseksid. Autor leiab, et lapse tagastamise menetluses Haagi konventsiooni kohaldamisel ja lapse parimate huvide arvestamise vahel tuleb saavutada õige tasakaal ja ühtlustada seeläbi kohtupraktikat, sest Haagi konventsiooni eesmärkide saavutamise tõhusus seisneb selle ühtses tõlgendamises.

SUMMARY

The strength of Hague Convention lies in its uniform interpretation as this is the foundation for the achievement, effect and efficiency of the Convention objectives. Over a long period of time the contracting states have established a uniform judicial practice in the matters of child abduction and most of the states have reached a right balance in returning the child. The recent practices in the European Court of Human Rights (ECHR) and the European Court of Justice (ECJ), however, have shifted this balance; ECHR is putting a lot of focus on the best interests of the child by encouraging the states to carry out thorough analysis of the child's best interests when deciding the returning of the child, while ECJ puts too much stress on the principle of mutual trust, failing to ensure the protection of the child's best interests in the court procedures. If this trend continues, there is a risk that the best interests of child as well as other family members might get seriously damaged while the child abduction is being processed.

The master thesis studied how to apply Hague Convention and Brussels II bis regulation in a way that the child's best interests would be protected without losing their effect in fight against child abductions through prevention. The first conclusion was that the different approaches of ECHR and ECJ practices in child abduction matters, when taken separately, might result in the negative effect on the protection of child's best interests as well as jeopardise the achievement of Hague Convention objectives. In addition, the fact that two biggest courts in Europe are acting separately and without acknowledging each other's practices has negative effect on the efficient processing of child abduction cases as a whole.

This means that the requirement of ECHR to carry out a thorough analysis of child's best interests might turn the processing into a matter of settling the dispute of guardianship and thereby impair the achievement of the objectives set by Hague Convention, which are the prevention of child abductions and the prompt return of a child wrongfully removed. The practice of ECJ that stresses the principle of mutual trust and the strict compliance thereof even in a situation where it would violate the child's fundamental human rights, is not in concordance with the principle of taking into account the child's best interests.

In addition, two biggest courts in Europe should not act separately but target uniform interpretation. The latter aspect is particularly noteworthy in a situation where the European Union is about to join the European Convention for the Protection of Human Rights and

Fundamental Freedoms, which means that all decisions of ECJ will be subject to monitoring by ECHR. If the standpoints of ECHR and ECJ in the current subject are so different, it opens a door for additional appeals. More specifically, if ECJ does not pay enough attention on the protection of child's fundamental human rights while ECHR stresses the superiority of child's best interests and rights, there is a big chance that ECHR will begin to re-evaluate the decisions of ECJ. Additional appeals and proceedings in the matters of child abduction where the pace of the proceeding is one of the most crucial factor would only have negative consequences. Time-consuming proceedings are definitely not in the interests of a child nor the parents, not to mention the potential financial costs that court proceedings bring about. It is necessary to find the right balance in applying Hague Convention in the given situation so that child's best interests as well as parents' rights would be protected in the best possible way.

The author of the paper finds that in child abduction cases, a right balance must be achieved between the application of Hague Convention and taking into account child's best interests and as a result court practices must be harmonised, since the efficiency of achieving Hague Convention objectives lies in its uniform interpretation. The latter means the application of Hague Convention in a "traditional" way, according to which the child must be returned, unless it would not be in the interests of the child. Child's best interests must be evaluated in the context of the return, since the child's ultimate best interests will be evaluated in the proceedings on the guardianship. The author finds that the proceeding on child return should not turn into a proceeding on guardianship, which could happen if child's best interests would be regarded outside the scope of the matter of return, and at the same time the child's interests and rights should not be disregarded at the expense of other values.

The author finds that Hague Convention continues to be a good instrument in the fight against child abduction, but it could be supplemented with a protocol that would, where necessary, provide protective measures for the protection of the child and its main guardian that would be enforceable immediately after the return of the mother and the child. In terms of the European Union, the author finds that an exception should be considered for the application of Brussels II bis regulation in a situation where the child's fundamental rights are clearly and substantially violated in the making of the claim of return and issuing the certificate of a court. In such cases there should be provision that would, in limited extent, allow another member state to re-evaluate the decision.

KASUTATUD MATERJALIDE LOETELU

Kasutatud kirjanduse loetelu:

1. Beaumont, P.R., McEleavy, P.E. The Hague Convention on International Child Abduction. Oxford University Press, 1999;
2. Bruch, C. S. The Hague Child Abduction Convention: Past Accomplishments, Future Challenges; Globalization of Child Law - the role of the Hague Conventions (S. Detrick & P. Vlaardingerbroek, eds.), Kluwer Law International, 1999;
3. Bruch, C.S. The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Convention Cases. Family Law Quarterly, 2004, 38:3;
4. Bucher, A. The New Swiss Federal Act on the International Child Abduction. Journal of Private International Law, 2008;
5. Hallik, L. Kohtute aastaraamat 2009. Riigikohus, 2009;
6. Henberg, A. Eesti lastekaitse regulatsiooni analüüs. Tallinn: Lastekaitse Liit, 2004;
7. Hüßtege, R. Article 13(1) b) of the Hague Child Abduction Convention in the light of Judicial Practice. – Judges Newsletter, Vol 11, 2006;
8. Kilkelly, U. The Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence. Child Law and the ECHR: issues of Family Life, Adoption and Contact. ECHR and Irish Law, 2nd Ed. Bristol: Jordans, 2009;
9. Kilkelly, U. The Child and the European Convention on Human Rights. Ashgate Publishing, 1999;
10. Liiv, E. Lapse ärakuulamine tsiviilkohtumenetluses. Juridica nr 4, 2006;
11. Lücker-Babel, M.-F. The Right of the Child to Express Views and be Heard: An Attempt to Interpret Article 12 of the U.N. Convention on the Rights of the Child. International Journal of Children`s Rights, 1995, 3;
12. Maruste, R. Konstitutsionalism ning põhiõiguste ja –vabaduse kaitse. Kirjastus Juura. 2004;
13. McEleavy, P.E. The Child Abduction regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership? Journal of Private International Law, 5, 2005;
14. McEleavy, P. E. Evaluating the Views of Abducted Children: Trends in Appellate Case Law. - Child and Family Law Quarterly, 2008;

15. Nygh, P. The International abduction of children. – Children on the Move. How to implement their right to family life. J.Doek, H. van Loon, P. Vlaardingerbroek (eds). The Hague , Boston, London 1996;
 16. Perez-Vera, E. The Explanatory Report on the Hague Convention of October 25, 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. 1981. Elektrooniliselt kättesaadav: <http://www.hcch.net>;
 17. Reif, L.C. The ombudsman, good governance, and the international human rights system. Martinus Nijhoff Publishers, 2004;
 18. Shulz, A. The European Legal Forum. The state of development of uniform law in the field of European and international family and child law. The European Legal Forum. 2007,6. Elektrooniliselt kättesaadav: <http://www.simons-law.com/library/pdf/e/699.pdf>;
 19. Schuz, R. The Hague Child Abduction Convention and Children`s Rights. Transnational Law and Contemporary Problems, 12, 2002;
 20. Schuz, R. The Influence of the CRC on the implementation of the the Hague Child Abduction Convention. Journal of Family Law and Practice, Vol 13, 2010;
 21. Valgma, A. Laste hooldusõiguse kaitse Haagi lapseröövi konventsiooni järgi. Juridica nr 1, 2004;
 22. Walker, L., Beaumont, P.R. Shifting the Balance Achived by the Abduction Convention. Journal of Private International Law, 2010, Vol. 7, No 2;
 23. Walker, L. The Impact of the Hague Abduction Convention on the Rights of the Family in the Case-Law of the European Court of Human Rights Commitee: The Danger of Neulinger. Journal of Private International Law, Vol 6. No 3, 2010
 24. Weiner, M.H, Intoreable Situations and Counsel for Children: Following Switzerland`s Examplein Hague Proceedings. American University Law Review, Vol. 58:335, 2008;
- Permanent Bureau, Preliminary Document No 9 of May 2011 for the attention of the Special Commission of June 2011 on the practical operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention. Domestic and Family Violence and The Article 13 „Grave Risk“ Exception in The operation of the Hague Convention of 25 october 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Elektrooniliselt kättesaadav: <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd09e.pdf>;

25. Hague Conference on Private International Law, 30.Oct – 9. Nov, 2006, Report of the Fifth Meeting of the Special Commission to Review the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and the Practical Implementation of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (March 2007), p 45. Elektrooniliselt kättesaadav: http://www.hcch.net/upload/wop/abd_2006_rpt-e.pdf;
26. Special Commission on the Practical Operation of the 1980 and 1996 Hague Conventions, Conclusions & Recommendations of the Sixth Meeting of the Special Commission (Part II - January 2012). Elektrooniliselt kättesaadav: www.hcch.com;
27. Euroopa Komisjoni 21.12.2011 pressiteade elektrooniliselt kättesaadav: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/1582&format=HTML&aged=0&language=ET&guiLanguage=en> (05.05.2012);
28. The best interests of the child in the recent case-law of the European Court of Human Rights, Franco-British-Irish Colloque on family law, Dublin, 14 May 2011. Elektrooniliselt kättesaadav: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E6F5D437-C49A-47C5-9772-578F54FB5C86/0/20110514_COLLOQUE_Dublin_FR.pdf. (06.05.2012);

Kasutatud õigusaktid:

29. The Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Elektrooniliselt kättesaadav: <http://www.hcch.net>;
30. ÜRO lapse õiguste konventsioon, RT II 1996, 16, 56. Elektrooniliselt kättesaadav: <https://www.riigiteataja.ee/akt/24016>;
31. Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon. 16.04.1996. RT II 1996, 11/12, 34. Elektrooniliselt kättesaadav: <https://www.riigiteataja.ee/akt/78154>
32. Euroopa Liidu põhiõiguste harta, 2010/C 83/02, Elektrooniliselt kättesaadav: <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2010:083:SOM:ET:HTML>;
33. Euroopa Nõukogu määrus (EÜ) nr 2201/2003, mis käsitleb kohtualluvust ning kohtuotsuste tunnustamist ja täitmist kohtuasjades, mis on seotud abieluasjade ja vanemliku vastutusega, ning millega tunnistatakse kehtetuks määrus (EÜ) nr 1347/2000;

34. Euroopa Nõukogu määrus (EÜ) nr 1206/2001, mis reguleerib liikmesriikide kohtute vahelise koostöö kohta tõendite kogumisel tsiviil- ja kaubandusajades;
35. Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid, 2010/C 83/01. Elektrooniliselt kättesaadav: <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2010:083:SOM:ET:HTML;>

Kasutatud kohtupraktika:

36. Friedrich vs Friedrich, 983 F.2d 1396 (6th Circ. 1993);
37. EIKo 6.07.2010, 41516/07, *Neulinger ja Shuruk v Šveits*;
38. EIKo 26.10.2010, 25437/08, *Raban vs Rumeenia*
39. EIKo 07.08.1999, 10600/83, *Johansen vs Norra*;
40. EIKo 25.01.2000, 31679/96, *Ignaccolo-Zenide vs Rumeenia*;
41. EIKo 24.03.1988, 10465/83, *Olsson vs Rootsi*,
42. EIKo 24.04.2003, 56673/00, *Iglesias Gil ja A.U.I. vs Hispaania*;
43. EIKo 26.06.2003, 48206/99 *Maire vs Portugal*;
44. EIKo 6.12.2007, 39388/05, *Maumousseau ja Washington vs Prantsusmaa*;
45. EIKo 22.06.2006, 7548/04, *Bianchi vs Šveits*
46. EK 11.07.2008, C-195/08 PPU, *Rinau*;
47. EK, 22.12.2010, C-491/10 PPU *Aguirre Zarraga vs Simone Pelz*;
48. EK 10.07.2010, C-211/10 PPU, *Povse v. Alpago*
49. Friedrich vs Friedrich, 983 F.2d 1396 (6th Circ. 1993)
50. *Madden v Hofmann*, [1994] NZFLR 825;
51. Eesti Vabariigi Riigikohtu otsus, 6.12.2006, 3-2-1-123-06 P.R avaldus lapse tagastamiseks Norra Kuningriiki;
52. Riigikohtu 22. veebruari 2007. aasta määrus tsiviilasjas nr 3-2-1-142-06;
53. Parliament of Western Australia, Legislative Assembly-Grievance, Russell Wood & Maya Wood-Hosig, 24.08.2006 (Mr. Dan Barron-Sullivan & Mr. David Templeman;
54. In Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody) [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288;
55. *Re M.* (Abduction: Acquiescence) [1996] 1 FLR 315;
56. *Re W* (Minors) 2010 EWCA Civ 520;
57. *Re M* (Abduction: Zimbabwe) [2007] UKHL 55;

58. *Winters v. Cowen* [2002] NZFLR 927;
59. CA Grenoble 29/03/2000 M. v. F.;
60. *Cannon v. Cannon* [2004] EWCA CIV 1330, [2005] 1 FLR;
61. *Re N. (Minors) (Abduction)* [1991] 1 FLR 413;
62. *Cannon v. Cannon* [2004] EWCA CIV 1330, [2005] 1 FLR 169;
63. *David S. v. Zamira S.*, 151 Misc. 2d 630, 574 N.Y.S.2d 429 (Fam. Ct. 1991).
64. ECR C-540/03 Parliament v Council [2006] I-5769.